This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

92 e. 8
NJ 12 A005 G 31

System

des

heutigen Römiſchen Rechts

von

Friedrich Carl von Savigny.

Siebenter Band.

Mit K. Bairiſchen und K. Würtembergiſchen Privilegien.

Berlin.
Bei Veit und Comp.

1848.

Vorrede.

Viele mögen glauben, daß es einer beſonderen Rechtfertigung bedürfe, wenn in der gegenwärtigen Zeit ein Werk über das Römiſche Recht unternommen, oder auch nur fortgeſetzt werde. Schon lange vor dem Sturm, der über Europa einher gezogen iſt, war in Deutſchland jenes Recht von manchen Seiten her als ein fremdes, unvaterländiſches angefochten worden, und es hatte ſich nicht ſelten dem ungünſtigen Urtheil über den Gegenſtand auch eine Mißſtimmung gegen die Anhänger und Bearbeiter unvermerkt beigemiſcht, indem die Bekämpfung deſſelben mit einer vorzugsweiſe vaterländiſchen Geſinnung, die Anhänglichkeit an daſſelbe mit einer dem Vaterlande fremden oder gleichgültigen in

Verbindung gedacht wurde. Eine ſolche Auffaſſung mußte neue Nahrung gewinnen durch die letzten Weltbewegungen, von welchen ſelbſt wiſſenſchaftliche Gegenſätze und Parteiungen, obgleich dem an ſich ſtillen und friedlichen geiſtigen Gebiete angehörend, nicht unberührt bleiben konnten.

Da nun in jenen Bewegungen unter den treibenden Kräften die Nationalität eine der erſten Stellen einnimmt, ſo liegt der Gedanke ſehr nahe, von jetzt an für uns Deutſche das deutſche Recht als allein zuläſſig, als einzigen, der wiſſenſchaftlichen Thätigkeit würdigen Gegenſtand zu betrachten.

Indeſſen iſt die Frage von der Stellung des Römiſchen Rechts zum Deutſchen Recht und zum Deutſchen Vaterlande überhaupt, nicht von heute und geſtern; ſie iſt älter, als der Sturm unſerer Tage, und ſo habe auch ich ſeit länger, als einem Menſchenalter, Gelegenheit gehabt, mich über dieſe Frage öfter auszuſprechen (a). Ein Gleiches iſt von Manchen meiner wiſſenſchaftlichen Freunde

(a) Ich verweiſe zunächſt auf die Vorrede zum erſten Band dieſes Werkes, aus deren ausführlicher Darſtellung die hier folgenden Gedanken einen zuſammengedrängten Auszug enthalten, ſo wie ihn das Bedürfniß des gegenwärtigen Augenblicks zu erfordern ſchien.

geſchehen, auch von ſolchen, die nicht mehr unter uns ſind.

Die unbefangene Betrachtung des hier vorliegenden Gegenſatzes kann nicht mehr verdunkelt werden, als durch eine ungehörige Einmiſchung der vaterländiſchen Geſinnung in die Prüfung der entgegenſtehenden Meinungen, indem man denſelben bald Gunſt, bald Ungunſt zuzuwenden verſucht, je nachdem die eine oder die andere Meinung als Kennzeichen des Beſitzes oder des Mangels einer ſolchen Geſinnung dargeſtellt wird. Dieſes Verfahren alſo muß vor Allem vermeiden, Wer in der Erforſchung der Wahrheit durch keinen falſchen Schein ſich ſtören zu laſſen entſchloſſen iſt. Ich will gerne in meiner Wiſſenſchaft die tiefere Einſicht und die vielſeitigere Auffaſſung Anderer anerkennen, durch welche ich ſelbſt ja nur gehoben und bereichert werden kann. Ich bin ferner bereit, es als möglich anzuerkennen, daß die großen Schickſale unſerer Tage auch in den Wiſſenſchaften neue Entwickelungen hervorrufen werden, denen vielleicht die abnehmenden Kräfte eines höheren Alters nicht mehr gewachſen ſeyn dürften. Mögen ſich denn Forſcher von friſchen Kräften zur Löſung dieſer Aufgabe hervorthun, und

mögen sie sowohl selbst den Ernst der Aufgabe erkennen, als von außen, neben unbefangener Aufnahme, zugleich auch strenge Prüfung ihrer Berechtigung finden. — Aber in ernster, aufrichtiger, warmer Liebe zu meinem Vaterlande, in der Bereitschaft, ihm jedes Opfer der Selbstverleugnung zu bringen, will ich Keinem nachstehen, wer er auch sey.

Wenn von mir und Anderen das Römische Recht auch in Deutschland hoch gestellt, wenn es fortwährend für einen würdigen, ja unentbehrlichen Gegenstand wissenschaftlicher Thätigkeit erachtet worden ist, so ist Dieses geschehen, nicht um das Fremde zu erheben auf Kosten der vaterländischen Ehre, nicht um die einheimischen Gedanken und Sitten des Rechts zu verdrängen durch die fremden, sondern damit auch auf diesem Felde Das, was Gott anderen Zeiten und Völkern an geistiger Entwicklung beschieden hat, unserm Volke nicht fremd bleibe, daß es ihm vielmehr zur Erhöhung der eigenen Kraft und zur Erweiterung seines geistigen Besitzes zubereitet und dargeboten werde.

Ganz besonders aber ist es geschehen in der Ueberzeugung, daß für uns Deutsche, wie für viele

andere Nationen, jenes urſprünglich fremde Element ohnehin ſeit Jahrhunderten ein Beſtandtheil des einheimiſchen Rechtslebens geworden iſt, und daß es hier, großentheils unverſtanden oder halbverſtanden, oft verderblich wirkt, anſtatt daß es, in richtigem Verſtändniß, nur eine Bereicherung des eigenen Rechtslebens ſchaffen kann. Wir haben alſo gar nicht zu fragen, ob wir das Römiſche Recht, etwa wie eine neu entdeckte Inſel, auf ſich beruhen laſſen, oder uns aneignen wollen mit allen Vortheilen und Schwierigkeiten, die es etwa mit ſich führen mag. Wir haben es einmal, unſer ganzes juriſtiſches Denken iſt ſeit Jahrhunderten damit verwachſen, und die Frage iſt nur, ob durch daſſelbe unſer Denken bewußtlos unterjocht, oder vielmehr mit freiem Bewußtſeyn geſtärkt und bereichert werden ſoll.

Man könnte etwa dieſe geſchichtliche Nothwendigkeit als Thatſache anerkennen, aber als ein Uebel beklagen, und dieſer Gedanke könnte zu dem Entſchluß führen, das Römiſche Recht durch eigene Schöpfungen zu verdrängen und in Vergeſſenheit zu bringen. Nicht zu gedenken aber, daß dieſes Beſtreben nur zu einer, den Rechtszuſtand weſentlich

verſchlimmernden Selbſttäuſchung führen würde, iſt auch jener Gedanke ſelbſt von Grund aus irrig und verwerflich. Die erwähnte geſchichtliche Verbindung des Römiſchen Rechts mit dem Rechtsleben eines großen Theils von Europa iſt ſo wenig ein Uebel zu nennen, daß wir darin vielmehr die größte Wohlthat erkennen müſſen. Die Beſchäftigung mit dem Recht unterliegt, ihrer Natur nach, einer zweifachen Gefahr: durch Theorie ſich zu verflüchtigen in die hohlen Abſtractionen eines vermeintlichen Naturrechts, durch die Praxis herabzuſinken zu einem geiſtloſen, unbefriedigenden Handwerk. Gegen beide Gefahren gewährt das Römiſche Recht, wenn wir es recht gebrauchen, ein ſicheres Heilmittel. Es hält uns feſt auf dem Boden eines lebenskräftigen Daſeyns; es knüpft unſer juriſtiſches Denken einestheils an eine großartige Vergangenheit, anderntheils an das Rechtsleben jetztlebender fremder Nationen, mit welchen wir dadurch in einer, für beide Theile gleich heilſamen, Verbindung erhalten werden.

Ein beſonders gefährlicher, kaum begreiflicher Irrthum aber iſt es, welcher zu verſchiedenen Zeiten zu der Annahme eines feindlichen Verhältniſſes zwiſchen dem Römiſchen und Deutſchen Recht

geführt hat. Nur nach einer sehr beschränkten Auffassung können die Bearbeiter des einen oder des anderen dieser Hauptzweige unserer gemeinsamen Rechtswissenschaft glauben, das Gebiet ihrer eigenen Thätigkeit zu fördern und zu erheben, indem sie das fremde bekämpfen und herabsetzen. Jeder Fortschritt auf dem einen Gebiet ist vielmehr ein sicherer Gewinn auch für das andere, indem dadurch stets der Gesichtskreis für das Ganze erweitert wird.

Von diesem Standpunkte aus hielten Alle, die von jeher für das Römische Recht sprachen, ihre besondere wissenschaftliche Aufgabe zugleich für eine ächt vaterländische, und von dieser Ueberzeugung kann ich auch jetzt nicht lassen, auch nach den großen Schicksalen der neuesten Zeit nicht.

Um es recht anschaulich zu machen, wie in solchen Dingen die Wahrheit und das Mißverständniß zu einander sich verhalten, will ich eine Geschichte erzählen, die sich auf einem ganz anderen Gebiete zugetragen hat. Als ich vor vierzig Jahren eine Lehrstelle an der Bairischen Universität Landshut bekleidete, lebte daselbst ein Professor der Botanik, der wohlgemerkt kein eingeborner Baier

war. Dieser suchte seine ausschließende Werthschätzung des besonderen Bairischen Vaterlandes dadurch zu bethätigen, daß er aus dem botanischen Garten alle Pflanzen verbannen wollte, die nicht in Baiern wild wachsen, um auf diese Weise einen rein Vaterländischen Garten, befreit von fremden Erzeugnissen, herzustellen. Dieses Verfahren wurde damals von allen wirklichen Baiern in der Universität verwerflich gefunden, denen es an der kräftigsten Vaterlandsliebe gewiß nicht fehlte.

Der Verfasser hat hier die Gründe dargelegt, aus welchen er entschlossen ist, sein Werk auch in dieser neuen Zeit, und ungeachtet derselben, mit Ernst nnd Liebe fortzusetzen; beide Gesinnungen sollen ja, nach dem Ausspruch unseres Dichters, gerade dem Deutschen besonders wohl anstehen. Die Weltereignisse haben mir zu dieser Arbeit jetzt freie Muße gewährt. Wie lange dazu Leben und Kraft ausreichen wird, steht in Gottes Hand.

Von dem allgemeinen Theil des gegenwärtigen Rechtssystems ist jetzt nur noch das dritte Buch übrig, welches die Anwendung der Rechtsregeln auf die Rechtsverhältnisse enthalten wird, insbesondere die Lehren von der örtlichen und räumlichen Collision der Quellen des positiven Rechts, oder von dem s. g. internationalen Recht, und von der rückwirkenden Kraft der Gesetze. Diese wichtige Lehren werden wahrscheinlich in dem achten Band dargestellt werden können.

Geschrieben im August 1848.

Inhalt des siebenten Bandes.

Zweites Buch. Die Rechtsverhältnisse.

Viertes Kapitel. Verletzung der Rechte. Seite.

§. 302. Surrogate des Urtheils. Einleitung 1

§. 303. Surrogate des Urtheils. — I. Gerichtliches Geständniß. — Confessio in jure 6

§. 304. Surrogate des Urtheils. — I. Gerichtliches Geständniß. — Confessio in jure (Fortsetzung). 12

§. 305. Surrogate des Urtheils. — I. Gerichtliches Geständniß. — Interrogatio in jure 20

§. 306. Surrogate des Urtheils. — I. Gerichtliches Geständniß. — Widerruf 28

§. 307. Surrogate des Urtheils. — I. Gerichtliches Geständniß. — Widerruf (Fortsetzung) 34

§. 308. Surrogate des Urtheils. — I. Gerichtliches Geständniß. — Heutiges Recht 39

§. 309. Surrogate des Urtheils. — II. Eid. — Einleitung 47

§. 310. Surrogate des Urtheils. — II. Eid. — Zuschiebung, Ableistung, Inhalt, Form, Erlaß des zugeschobenen Eides 56

§. 311. Surrogate des Urtheils. — II. Eid. — Gemeinsame Wirkungen 63
§. 312. Surrogate des Urtheils. — II. Eid. — Besondere Wirkungen, je nach der verschiedenen Lage des Streites 70
§. 313. Surrogate des Urtheils. — II. Eid. — Besondere Wirkungen, je nach der verschiedenen Lage des Streites (Fortsetzung) 78
§. 314. Surrogate des Urtheils. — II. Eid. — Heutiges Recht 84
§. 315. Restitution. — Einleitung 90
§. 316. Restitution. — Begriff derselben 95
§. 317. Restitution. — Eigenthümliche Natur und Entwicklung derselben 107
§. 318. Restitution. — Bedingungen. — I. Verletzung 118
§. 319. Restitution. — Bedingungen. — I. Verletzung (Fortsetzung) 124
§. 320. Restitution. — Bedingungen. — II. Restitutionsgrund 130
§. 321. Restitution. — Bedingungen. — III. Abwesenheit positiver Ausnahmen 138
§. 322. Restitution. — Einzelne Gründe. — I. Minderjährigkeit 145
§. 323. Restitution. — Einzelne Gründe. — I. Minderjährigkeit (Fortsetzung) 149
§. 324. Restitution. — Einzelne Gründe. — I. Minderjährigkeit (Fortsetzung) 156
§. 325. Restitution. — Einzelne Gründe. — II. Abwesenheit 161
§. 326. Restitution. — Einzelne Gründe. — II. Abwesenheit (Fortsetzung) 169
§. 327. Restitution. — Einzelne Gründe. — II. Abwesenheit (Fortsetzung) 173

§. 328. Restitution. — Einzelne Gründe. — II. Abwesenheit (Fortsetzung) 180
§. 329. Restitution. — Einzelne Gründe. — II. Abwesenheit (Fortsetzung) 185
§. 330. Restitution. — Einzelne Gründe. — III. Zwang .. 191
§. 331. Restitution. — Einzelne Gründe. — IV. Irrthum. 196
§. 332. Restitution. — Einzelne Gründe. — V. Betrug .. 198
§. 333. Restitution. — Einzelne Gründe. — VI. Antiquirte Gründe 210
§. 334. Restitution. — Gerichtsbehörden 214
§. 335. Restitution. — Parteipersonen 216
§. 336. Restitution. — Parteipersonen (Fortsetzung) 223
§. 337. Restitution. — Verfahren 228
§. 338. Restitution. — Verfahren (Fortsetzung) 239
§. 339. Restitution. — Verfahren (Fortsetzung) 244
§. 340. Restitution. — Verfahren (Fortsetzung) 251
§. 341. Restitution. — Verfahren (Fortsetzung) 257
§. 342. Restitution. — Wirkungen 264
§. 343. Restitution. — Wirkungen (Fortsetzung) 269

Beilage XVIII. Restitution der Minderjährigen, welche in väterlicher Gewalt stehen 277
Beilage XIX. L. 57 mandati 292

§. 302.

Surrogate des Urtheils. Einleitung.

Es ist schon oben auf die Natur einiger Rechtsinstitute hingedeutet worden, welche die Stelle eines Urtheils vertreten können, also ein solches unnöthig machen (a). Der Begriff eines solchen Surrogats ist aber nur da vorhanden, wo in der That die Entscheidung eines Rechtsstreits, nur auf einem anderen Wege, als durch ein richterliches Urtheil, herbeigeführt wird. Dahin gehören folgende Institute, die nunmehr der Reihe nach abgehandelt werden sollen:

I. Das gerichtliche Geständniß (Confessio und Interrogatio in jure).

II. Der Eid.

Wohl davon zu unterscheiden aber, und gar nicht hierher zu ziehen, sind die häufigen und wichtigen Fälle, in welchen zwar ein äußerlich ähnlicher Erfolg wahrzunehmen ist, nämlich die Beseitigung eines Rechtsstreits, jedoch nicht durch Entscheidung desselben, sondern durch dessen Vernichtung, indem durch Verwandlung ein neues,

(a) S. o. B. 6 S. 265. des Zusammenhangs wegen vgl. B. 5 § 204 B. 6 § 256.

nicht ſtreitiges, Rechtsverhältniß an die Stelle des bisherigen ſtreitigen geſetzt wird. Die meiſten derſelben laſſen ſich auf einen Vertrag, alſo auf Einigung der Parteien, zurückführen; alle aber gehören nicht hierher, in das Actionenrecht, ſondern in den ſpeciellen Theil des Rechtsſyſtems, und zwar in das Obligationenrecht. An dieſer Stelle mag eine kurze Ueberſicht der hier auszuſcheidenden Fälle der Beſeitigung eines Rechtsſtreits genügen.

1. Vergleich.

Darunter iſt zu verſtehen die Beendigung eines Rechtsſtreits durch die freie Uebereinkunft beider Theile über irgend einen, zwiſchen ihren urſprünglichen Anſprüchen in der Mitte liegenden, Punkt. Hierin liegt augenſcheinlich eine rein vertragsmäßige, alſo obligatoriſche, Umwandlung des bisherigen Rechtsverhältniſſes.

2. Erlaß oder Verzicht, alſo völliges Nachgeben von Seiten des Klägers. Dieſer Fall hat Aehnlichkeit mit dem Fall des Vergleichs, unterſcheidet ſich aber dadurch, daß zum Weſen des Vergleichs ein Nachgeben von beiden Seiten gehört.

Außerdem iſt aber zu bemerken, daß dieſer Fall eine ſehr vieldeutige Natur an ſich trägt (b). Es kann darin liegen das Anerkenntniß des Klägers, daß er kein Recht hat; oder auch umgekehrt die Abſicht, ſein (vielleicht ſelbſt

(b) Dieſe mögliche Vieldeutigkeit der zum Grunde liegenden Abſicht wird erwähnt in *L.* 29 § 1 *de don.* (39. 5). Nach derſelben Stelle aber ſoll der Verzicht gleichmäßig bindend wirken, es mag die eine oder die andere Abſicht zum Grunde liegen.

vom Gegner anerkanntes) Recht schenkungsweise aufzugeben; oder endlich die unbestimmtere Absicht, blos die Verfolgung des Rechts, als schwierig oder zweifelhaft, für immer fallen zu lassen. Oft werden diese verschiedenen möglichen Gedanken in der vorliegenden Willenserklärung, ja selbst in dem eigenen Bewußtseyn des Klägers, nicht mit Sicherheit zu unterscheiden seyn; die Wirksamkeit der Handlung aber ist davon unabhängig.

Aber nicht blos in den zum Grunde liegenden Gedanken, sondern auch in der Form der Handlung, erscheint der Verzicht auf verschiedene Weise. Er kommt vor in Gestalt eines Vertrags (c), und in dieser Gestalt ist so eben die Verwandtschaft desselben mit dem Vergleiche bemerkt worden. Er kommt aber auch vor in der Gestalt einer vor dem Richter abgegebenen einseitigen Erklärung, den Rechtsstreit fallen lassen zu wollen (desistere). Geschieht diese Erklärung in jure, so hat sie die Natur einer confessio in jure, also eines wahren Surrogats (d).

Mit dem Verzicht wird, als Fiction desselben, nicht selten der Fall zusammengestellt, wenn der Kläger die Sache liegen läßt, und dadurch ein abweisendes Contumacial-Urtheil veranlaßt. Man betrachtet hier das Benehmen des Klägers als eine Erklärung, die Sache nicht weiter ver-

(c) Das pactum ne petatur, welches den größten Theil des Pandektentitels de pactis (II. 14.) ausfüllt. Die Stellung dieses Titels unmittelbar vor dem de transactionibus erklärt und rechtfertigt sich aus der eben bemerkten Verwandtschaft beider Institute.

(d) *L.* 29 § 1 *de don.* (39. 5), s. u. § 303 Note r.

folgen zu wollen, wobei der Beweggrund dahin geſtellt bleiben ſoll. Wenn es indeſſen wirklich zu einem abweiſenden Urtheil kommt, ſo ſind ſtets die Regeln, die für das Urtheil gelten, nicht die vom Verzicht anzuwenden (e).

3. Der umgekehrte Fall von dem Erlaß oder Verzicht würde in einem völligen Nachgeben von Seiten des Beklagten beſtehen. Allein dieſer Fall hat im Römiſchen Recht, in der Geſtalt der in jure confessio, die Natur eines wahren Surrogats des richterlichen Urtheils angenommen, und wird daher unter den nunmehr darzuſtellenden Surrogaten ſeine eigenthümliche Stelle erhalten. Er kann übrigens auch die reine Form des Vertrags annehmen, und iſt dann allerdings ganz ſo, wie der vorhergehende Fall, zu behandeln.

4. Das Compromiß hat an ſich eine augenſcheinliche Verwandtſchaft mit den Surrogaten des Urtheils. Daß wir es nicht dahin rechnen, liegt in der urſprünglichen Behandlung dieſes Inſtituts bei den Römern, welche auf der reinen Natur eines Vertrages beruhte. Allerdings hat es ſich in der ſpäteren Zeit mehr den Urtheilen angenähert; dennoch müſſen wir es in die Reihe der Verträge ſetzen,

(e) Vgl. Thibaut civiliſtiſche Abhandlungen S. 160. 161., Hollweg Gerichtsverfaſſung und Prozeß S. 287. 294 — 296., Bayer Vorträge S. 285 — 288. — Blos in manchen ſpeciellen Beziehungen ſoll das Ausbleiben als Verzicht, zum Vortheil des Klägers, behandelt werden, z. B. inſofern er dadurch die Nachtheile vermeidet, die ihm wegen der Anfechtung eines Teſtaments treffen würden. *L.* 8 §. 14 *de inoff. test.* (5. 2), *L.* 8 *C. de his quib. ab ind.* (6. 35). Vgl. auch *L.* 27 § 1 *de lib. causa* (40. 12).

weil nur in diesem Zusammenhang seine eigenthümliche Entwicklung deutlich gemacht werden kann.

5. Die Selbsthülfe gehört in die Reihe der hier zusammengestellten Rechtsinstitute, insofern durch sie das vielleicht wirklich vorhandene Recht zur Strafe verloren, dann also zugleich jeder mögliche Rechtsstreit darüber auf unfreiwillige Weise vernichtet werden kann. Sie gehört in die Reihe der Obligationen welche aus Delicten entstehen.

Wenngleich nun alle hier angegebene Fälle die Natur wahrer Surrogate des Urtheils nicht an sich tragen, so ist doch bei einigen derselben eine wichtige Verwandtschaft mit dem Urtheil, die schon bei einer anderen Gelegenheit angedeutet wurde, hier wieder in Erinnerung zu bringen. Die Fälle nämlich, welche die Natur wahrer Verträge haben (Num 1. 2.), heben nicht blos den gegenwärtigen Rechtsstreit auf, sondern verhindern auch dessen Erneuerung für jede künftige Zeit. Dabei kann die Frage entstehen, ob ein späterhin versuchter Rechtsstreit in der That eine solche unzulässige Erneuerung des durch Vertrag beendigten in sich schließe, oder ob er als ein ganz neuer, von dem früheren unabhängiger, zu betrachten sey. Dieselbe Frage ist schon oben, bei den Folgen des rechtskräftigen Urtheils, ausführlich behandelt worden, und die dort aufgestellten Regeln finden auch hier ihre Anwendung. Wenn also die Frage nach der Identität eines versuchten Rechtsstreits mit

einem früher beendigten zu beantworten iſt, ſo gelten dieſelben Regeln, es mag die Beendigung durch ein rechtskräftiges Urtheil, oder aber durch einen Vertrag herbeigeführt worden ſeyn. Es hat alſo in dieſer Beziehung die pacti exceptio gleiche Natur mit der exceptio rei judicatae (f).

§. 303.

Surrogate des Urtheils. — I. Gerichtliches Geſtändniß. — Confessio in jure.

Quellen:

Dig. XLII. 2 (de confessis). XI. 1 (de interrogationibus in jure faciendis et de interrogatoriis actionibus).

Cod. VII. 59 (de confessis).

Paulus V. 5 A, B. 1 § 5.

Cod. Greg. X. 2.

Schriftſteller:

Donellus Lib. 28 C. 1.

Weber Verbindlichkeit zur Beweisführung, herausg. von Hefftter. Halle 1832. Vierte Abhandlung und Zuſ. S. 290—296.

Bethmann-Hollweg Verſuche über Civilprozeß. Berlin 1827. Vierte Abhandlung.

Puchta Curſus der Inſtitutionen, Auflage 2. B. 3 §. 178. 174.

(f) *L.* 27 § 6. 8 *de pactis* (2. 14). Vgl. oben B. 6 S. 414. 426. 446.

Das Römiſche Recht hat zwei hierher gehörende, ſehr alte Rechtsinſtitute, die wegen ihrer inneren Verwandtſchaft nur in Verbindung mit einander deutlich gemacht werden können: die confessio in jure, und die interrogatio in jure.

Der Grundſatz, worauf die confessio in jure beruht, läßt ſich ſo ausdrücken: Wenn ein Beklagter vor dem Prätor die Behauptung des Klägers vollſtändig einräumt, ſo ſoll dieſes Zugeſtändniß einer Verurtheilung gleich gelten.

Nur das vor dem Prätor (in jure) abgelegte Geſtändniß ſollte dieſe eigenthümliche Wirkung haben, nicht das vor dem Juder (a). Daher wird in den Quellen zuweilen dem Ausdruck Confessio oder Confessus der Zuſatz beigegeben: in jure (b). Gemeint iſt dieſer Zuſatz immer, und darum wird er in den meiſten Stellen nicht einmal nöthig gefunden.

In dem aufgeſtellten Grundſatz liegt eine zweifache Wirkung: Der Beklagte iſt durch ſein Geſtändniß verpflichtet, und dieſe Verpflichtung tritt unmittelbar ein, ohne daß es dazu eines Urtheils bedarf. Durch dieſe zweite Wirkung erhält eben das Geſtändniß ſeinen beſonderen Charakter als Surrogat des Urtheils.

(a) Das Geſtändniß vor dem Juder hatte immer entſcheidenden Einfluß auf das Urtheil, aber keine ſelbſtſtändige Natur und keine formelle Regeln. Seit der Aufhebung des ordo judiciorum verſchwindet dieſer Unterſchied.

(b) *L.* 29 § 1 *de don.* (39. 5) *L.* 56 *de re jud.* (42. 1), *L. un. C. de confessis* (7. 59), *L.* 4 *C. de repud. her.* (6. 31).

Die Römer drücken den aufgeſtellten Grundſatz ſo aus: Confessus *pro judicato* est oder habetur (c). Dieſer Ausdruck aber iſt ganz ernſtlich gemeint; denn es ſoll aus dem bloßen Geſtändniß, ohne Urtheil, ſogleich Execution gegen den Beklagten erfolgen, durch Abpfändung und Verkauf ſeiner Sachen (d). Daher wird denn auch das Geſtändniß neben das Urtheil und den Eid geſtellt, alſo auf gleiche Linie mit denſelben (e). Bei dem Urtheil aber gilt die durchgreifende Regel: condemnatus *ut pecuniam solvat* (f).

Die Wahrheit jenes Grundſatzes alſo iſt außer Zweifel geſetzt; dennoch hat er nur eine beſchränkte Wahrheit, indem er zunächſt und unmittelbar nur für den einzigen Fall gilt, wenn eine Schuldklage auf eine beſtimmte Geldſumme angeſtellt und von dem Beklagten zugeſtanden wird (g). Der Grund dieſer Beſchränkung liegt darin, daß im alten Prozeß auch das Urtheil nur auf eine beſtimmte Geldſumme gehen konnte (h), und nur dabei eine unmittelbare Execution durch abgepfändete und verkaufte Sachen möglich war.

(c) *L.* 1. 3. 6 § 2 *de confessis* (42. 2), *L.* 56 *de re jud.* (42. 1), *L. un. C. de confessis* (7. 59), *L.* 4 *C. de repud her.* (6. 31), Paulus u. Cod. Greg. in den oben angeführten Stellen.

(d) *L.* 9 *C. de execut.* (7. 53), Paulus II. 1 § 5.

(e) *L.* 56 *L.* 31 *de re jud.* (42. 1).

(f) *L.* 4 § 3 *de re jud.* (42. 1).

(g) *L.* 4 *C. de repud. her.* (6. 31) „quod confessos in jure pro judicatis haberi placuit ... *ad certam quantitatem debeat confitentem* pertinet.“ *L.* 6 *pr. de confessis* (42. 2) „*Certum* confessus pro judicato erit, incertum non erit.“ Certum aber heißt hier und in vielen andern Stellen, die von Klagen handeln, ſo viel als certa pecunia (B. 5 S. 623—625), wie auch die gleich folgenden Worte zeigen.

(h) Gajus IV. § 48.

In allen übrigen Fällen, das heißt, bei dem Geständniß eines bestimmten Gegenstandes außer baarem Geld, oder eines unbestimmten Gegenstandes, also in den meisten Fällen überhaupt, soll der Beklagte wo möglich dazu gebracht werden, sein Geständniß auf eine bestimmte Geldsumme zu richten, also in ein certum zu verwandeln (i). Ist aber Dieses nicht möglich, so erfolgt nunmehr ein gewöhnlicher Prozeß; es wird ein Juder bestellt, eine Litiscontestation vorgenommen, und ein Urtheil gesprochen (k).

Man könnte durch diese Unterscheidung verleitet werden, dem oben aufgestellten Grundsatz eine geringere praktische Bedeutung zuzuschreiben, als ihm in der That zukommt. Er ist aber wahr auch für alle übrigen Fälle, nur in einer etwas anderen Weise.

In dem nunmehr entstehenden Rechtsstreit ist nämlich der Juder an den Inhalt des Geständnisses streng gebunden; er darf davon nicht abweichen, hat deshalb Nichts zu untersuchen (l), und seine Thätigkeit beschränkt sich darauf, den eingeräumten Gegenstand in eine bestimmte Geldsumme zu verwandeln (m).

(i) *L.* 6 § 1 *de confessis* (42. 2) „urgeri debet". Darin liegt aber weder ein Directer, noch ein indirecter Zwang, außer etwa insofern die grundlose Weigerung vielleicht den Juder zu einem nachtheiligeren Urtheil stimmen könnte. Bethmann-Hollweg S. 265.

(k) *L.* 7. 5. 3. 8 *de confessis* (42. 2).

(l) „nihil *quaeritur*". *L.* 56 *de re jud.* (42. 1), welcher Satz hier ausdrücklich abgeleitet wird aus der Regel: confessi pro judicatis habentur.

(m) „Judex non rei *judicandae*, sed *aestimandae* datur".

Die Formel mag in ſolchen Fällen etwa auf folgende Weiſe gefaßt worden ſeyn:

> Quod N. Negidius in jure confessus est, fundum Cornelianum A. Agerio se dare oportere, quanti is fundus est, eum condemna,

ſo daß dabei die Intentio: si paret, N. Negidium fundum dare oportere, ganz ausfiel (n).

Kam ein ſolches Geſtändniß bei einer arbiträren Klage, insbeſondere bei einer Eigenthumsklage vor, ſo hatte es ganz die Natur einer pronuntiatio, und machte dieſelbe entbehrlich, indem es ihre Stelle vertrat (o).

Bei der confessio wird noch die beſondere Regel erwähnt, daß hier dieſelbe geſetzliche Zahlungsfriſt eintrete, wie bei dem Urtheil, und daß dieſe von dem Tage des Geſtändniſſes an gerechnet werden müſſe (p).

Nach der bis hierher geführten Unterſuchung kann die gemeinſame Wirkung des gerichtlichen Geſtändniſſes, an-

L. 25 § 2. *L.* 26 *ad L. Aquil.* (9. 2), *L.* 40 § 1 *de pactis* (2. 14).

(n) Dieſes war nun die actio confessoria, von welcher in dem folgenden § die Rede ſeyn wird (§ 304 Note k).

(o) *L.* 6 § 2 *de confessis* (42. 2). Ueber die pronuntiatio ſ. o. B. 6 S. 318—320.

(p) *L.* 6 § 6 *de confessis* (42. 2), *L.* 21 *de jud.* (5. 1), *L.* 31 *de re jud.* (42. 1), Paulus V. 5 A. § 2. — Natürlich konnte dieſer Satz nur gelten von dem auf haares Geld gerichteten Geſtändniß, wodurch ein nachfolgendes Urtheil ganz entbehrlich wurde (Note g).

schließend an die Wirkung des rechtskräftigen Urtheils (q), so ausgedrückt werden:

Confessio pro veritate accipitur,

und dieser Ausdruck ist gleich wahr und gleich wichtig für jedes gerichtliche Geständniß, es mag auf eine Geldschuld oder auf einen anderen, bestimmten oder unbestimmten Gegenstand gerichtet seyn. In diesem Sinn also kann man sagen, daß jedes gerichtliche Geständniß als Surrogat eines Urtheils gelten kann, indem es, gleich dem Urtheil, die Fiction der Wahrheit, das heißt, formelle Wahrheit, begründet, wenngleich es nicht in allen Fällen ein nachfolgendes Urtheil entbehrlich macht.

Wenn man das gerichtliche Geständniß in dieser seiner allgemeinen Natur auffaßt, so ist es der reine Gegensatz des von dem Kläger vor Gericht ausgesprochenen Verzichts (§ 302). Diese Vergleichung muß auch darin als wahr anerkannt werden, daß dem Geständniß sehr verschiedene Gedanken zum Grunde liegen können; am häufigsten die wirkliche Anerkennung des Rechts des Klägers; ferner die bestimmte Absicht, zu schenken; endlich eine unbestimmte, in der Mitte liegende Absicht, das Nachgeben bei einer zweifelhaften Sache, um nur den Rechtsstreit zu vermeiden. — Ferner ist die Vergleichung dahin auszudehnen, daß außer dem gerichtlichen Geständniß auch ein auf gleichen Zweck gerichteter Vertrag vorkommen kann. Dieses ist der Recog-

(q) S. o. B. 6 S. 274.

nativ-Vertrag, der in das Obligationenrecht gehört, und gewöhnlich nicht in ſeiner wahren Natur aufgefaßt wird.

Uebrigens kann eine ſolche confessio in jure auch von Seiten des Klägers vorkommen, wenn nämlich dieſer vor dem Prätor unbedingt erklärt, daß er keinen Anſpruch an den Beklagten habe. Dadurch giebt er ſein Klagrecht völlig auf, die Handlung gilt gleich einer rechtskräftigen Freiſprechung, und hat alſo ganz die Natur eines Surrogats des Urtheils. Ein ſolcher Fall aber wird in dieſer Form nur ſehr ſelten vorkommen, und wenn er vorkommt, hat er eine ſo einfache Natur, daß er näherer Beſtimmungen kaum bedürfen wird. Aus beiden Gründen iſt es wohl zu erklären, daß derſelbe, ſo viel ich weiß, nur in einer einzigen Stelle des Römiſchen Rechts erwähnt wird (r), und daß er weder durch die Geſetzgebung, noch durch die Arbeiten der alten Juriſten beſonders ausgebildet worden iſt.

§ 304.

Surrogate des Urtheils. — I. Gerichtliches Geſtändniß. — Confessio in jure. (Fortſetzung.)

Der oben aufgeſtellte wichtige Grundſatz über die Kraft des gerichtlichen Geſtändniſſes des Beklagten hat folgende Entſtehung und allmälige Entwicklung gehabt.

(r) *L.* 29 § 1 *de don.* (39. 5). S. o. § 302 Note d. — Es heißt in jener Stelle: „eum actionem jure amisisse respondit“. Wenn er nun dennoch die Klage anſtellen wollte, ſo ſtand ihm ohne Zweifel eine exceptio confessi oder confessoria entgegen, mit gleicher Wirkung, wie die exceptio rei judicatae.

1. Für den Hauptfall, das Geständniß einer bestimmten Geldschuld, ist die erste Quelle in der Vorschrift der zwölf Tafeln zu suchen: Aeris confessi rebusque jure judicatis XXX. dies justi sunto etc. (a), in welchem das Geständniß dem rechtskräftigen Urtheil mit gleicher Kraft an die Seite gesetzt wurde. Beiden Thatsachen gleichmäßig wurde hier die Wirkung der Schuldknechtschaft, also der Personalexecution, beigelegt, an welche sich dann in späterer Entwicklung die der Realexecution angeschlossen hat, von welcher allein jetzt noch die Rede ist (b). — Damit war also der Grund zu diesem Rechtsinstitut gelegt.

2. Eine Erweiterung desselben für einige besondere Fälle wurde durch das prätorische Edict eingeführt. Für vier Klagen galt die Vorschrift, daß der Beklagte, wenn er wissentlich leugnete und überführt wurde, den eingeklagten Werth zur Strafe doppelt bezahlen sollte (c); das Eingeständniß schützte also vor dieser Strafe, und es konnte im Fall desselben nur die Frage entstehen, ob denn der Beklagte durch sein Geständniß auch wirklich für den einfachen Werth verpflichtet werde. Dieses mußte unbedingt angenommen werden, weil das Geständniß hier die Natur eines

(a) Gellius XX. 10.

(b) Ob die Schuldknechtschaft auf die Geldschulden aus dem Darlehen beschränkt war, ist streitig; vgl. Savigny über das altrömische Schuldrecht, Abhandlungen der Berliner Akademie 1833. Daß die Realexecution, in Folge des Geständnisses wie des Urtheils, auf Geldschulden jeder Art ging, ist unzweifelhaft.

(c) Lis inficiando crescit in duplum. Gajus IV. § 9. 171. Diese vier Klagen sind: judicati, depensi, damni injuria dati, legati per damnationem relicti.

Vergleichs hatte; der Beklagte übernahm die Leiſtung des einfachen Werthes, um dadurch der Gefahr der doppelten Leiſtung zu entgehen. Dieſe in der Natur der Sache gegründete Auffaſſung erhielt eine ausdrückliche Beſtätigung durch das Edict, welches neben der Klage auf das Doppelte gegen den Leugnenden auch die einfache Klage gegen den Geſtändigen ausſprach, alſo die Verpflichtung wegen des Geſtändniſſes geradezu anerkannte (d). — Indeſſen konnte dieſe Beſtimmung nur für die wenigſten unter den angegebenen Fällen als etwas Neues, folglich als eine wahre Erweiterung, angeſehen werden. Die actio judicati und depensi gingen ohnehin ſtets auf eine beſtimmte Geldſumme, und ſtanden alſo ſchon unter der Vorſchrift der Zwölf Tafeln (Num. 1.); eben ſo auch die Klage aus dem Legat, wenn daſſelbe auf eine Geldſumme gerichtet war. So blieben alſo als neu, als Gegenſtände einer Erweiterung für die Kraft des Geſtändniſſes, nur folgende zwei Klagen übrig: die Klage aus einem legatum damnationis, wenn daſſelbe auf einen anderen beſtimmten Gegenſtand, als baares Geld, z. B. auf ein Haus, ein Pferd u. ſ. w. gerichtet war, und die actio legis Aquiliae wegen körperlicher Beſchädigung fremder Sachen. Für den letzten Fall ſind uns die genaueſten Nachrichten von dieſer neuen Beſtimmung über die Kraft des Geſtändniſſes aufbewahrt, wovon ſogleich noch mehr die Rede ſeyn wird.

(d) Bethmann-Hollweg S. 265—268.

In allen übrigen Fällen eines gerichtlichen Geständnisses fehlte es also ganz an ausdrücklichen Bestimmungen über dessen formelle Kraft. Dennoch ist nicht zu bezweifeln, daß das Geständniß stets thatsächliche Anerkennung in den Urtheilen der Richter gefunden haben wird, und zwar ohne Unterschied, ob es vor dem Prätor oder vor dem Juder abgelegt war.

3. Die volle Ausdehnung endlich, in welcher der Grundsatz oben aufgestellt worden ist (§ 303), erhielt derselbe erst durch einen Senatsschluß unter der Regierung des K. Marcus Aurelius (oratio D. Marci). Hierin wurde bestimmt ausgesprochen, daß bei Klagen aller Art das vor dem Prätor abgelegte Geständniß für den Beklagten dieselbe verpflichtende Kraft haben sollte, wie ein rechtskräftiges Urtheil (e). — Wenngleich aber die Ausdrücke der alten Juristen über den Umfang dieses Senatsschlusses höchst allgemein gefaßt sind, so muß derselbe doch auf diejenigen Klagen beschränkt werden, worüber jede Partei eine völlig freie Verfügung hat, welches bei den Klagen über Vermögensrechte durchaus der Fall ist. Dagegen ist dem Geständniß nicht dieselbe Kraft beizulegen, wenn es darauf abzweckt, die persönliche Freiheit des Geständigen zu verneinen, oder eine Ehe als ungültig darzustellen (f).

4. Seit dem Untergang des ordo judiciorum hatte jede

(e) *L.* 6 § 2 *de confessis* (42. 2), *L.* 56 *de re jud.* (42. 1).
(f) *L.* 24. 39 *C. de lib. causa* (7. 16), *C.* 5 *X. de eo, qui cognovit* (4. 13). — Bethmann-Hollweg S. 274.

confessio in judicio die Kraft der alten confessio in jure. Als eigentliches Surrogat aber konnte ſie nun nicht mehr gelten, ſondern nur noch als Grundlage eines richterlichen Urtheils, welches an den Inhalt derſelben gebunden war. —

Das Weſen des Geſtändniſſes wurde oben darin geſetzt, daß der Beklagte die Behauptung des Klägers einräume (§ 303), alſo in ein Einverſtändniß beider Parteien über dieſe Behauptung. Nun geht dieſe Behauptung ſtets und nothwendig auf das Daſeyn eines Rechtsverhältniſſes, ein ſolches aber beruht wieder auf Thatſachen; zur genaueren Einſicht in das Weſen des Geſtändniſſes iſt es alſo nöthig, zu beſtimmen, ob als der eigentliche Gegenſtand des Einverſtändniſſes das Rechtsverhältniß, oder vielmehr die Thatſache gedacht werden müſſe.

Der Ausdruck confessio, ſo wie der entſprechende deutſche Ausdruck, kann leicht dahin führen, die Thatſache als den unmittelbaren Gegenſtand des Einverſtändniſſes anzuſehen, wodurch alſo das Geſtändniß als bloßes Beweismittel erſcheinen könnte; allein die oben angegebene juriſtiſche Natur deſſelben, welche in der Gleichſtellung mit dem richterlichen Urtheil beſteht, führt vielmehr auf das Rechtsverhältniß. Denn auf ein ſolches geht nothwendig jedes Urtheil, und ſoll alſo das Geſtändniß gleiche Kraft mit dem Urtheil haben, in manchen Fällen ſogar jedes

Urtheil völlig entbehrlich machen (§ 303), so muß es gleichfalls das Daseyn eines Rechtsverhältnisses unmittelbar feststellen.

Diese Natur des Geständnisses wird denn auch in unsern Rechtsquellen geradezu anerkannt; der Beklagte gesteht nämlich: se debere, oder fundum actoris esse (g), und es wird Niemand bezweifeln, daß Schuld und Eigenthum reine Rechtsverhältnisse sind, wozu sich gewisse Thatsachen nur als Entstehungsgründe verhalten können.

Indessen darf dabei nicht verkannt werden, daß in der Anerkennung des Rechtsverhältnisses stets auch die Anerkennung der dazu nöthigen Thatsachen liegt, nur daß dabei die Auswahl unter mehreren gleich möglichen Thatsachen ungewiß bleiben kann. Eben so wird nicht selten die Anerkennung einer reinen Thatsache, z. B. des Empfanges eines Darlehens, zugleich die Anerkennung eines Rechtsverhältnisses (hier der Darlehensschuld) in sich schließen. Dadurch aber wird das Wesen der Sache nicht verändert.

Auch kommt in der That ein Fall vor, in welchem die Römischen Juristen das Geständniß auf eine reine Thatsache beziehen. Dieses darf aber nicht etwa als ein ungenauer, nachlässiger Ausdruck betrachtet werden, oder als Zeichen eines Schwankens jener Juristen über die hier zur Frage gestellten Ansichten. Vielmehr hat diese Beziehung ihren Grund in der eigenthümlichen Natur einer einzelnen Klage, und es muß gleich hier darauf näher eingegangen werden, weil damit wichtige andere Streitfragen zusammenhangen.

(g) *L.* 3. 5. 7 *de confessis* (42. 2), *L.* 6 § 2 *eod.*

Es iſt nämlich ſchon bemerkt worden, daß die actio L. Aquiliae unter die wenigen Klagen gehörte, worin das Geſtändniß ſchon vor der oratio D. Marci eine beſondere Wirkung hatte: einestheils den Beklagten von der Gefahr des doppelten Erſatzes zu befreien, anderntheils ihn zum einfachen Erſatz unbedingt, wie durch ein geſprochenes Urtheil, zu verpflichten (§ 303). In dieſem Fall nun konnte ſchon deswegen ein Urtheil durch das bloße Geſtändniß nicht entbehrlich werden, weil noch immer der Geldwerth des zugefügten Schadens zu beſtimmen blieb (h). Das Geſtändniß alſo, das hier eine beſondere Wirkung haben ſollte, ging nicht auf die (noch unbeſtimmte) Forderung des Klägers, ſondern auf die reine Thatſache; ja nicht einmal auf die ganze, vollſtändige Thatſache, ſondern lediglich auf die perſönliche Thätigkeit des Beklagten, die Thäterſchaft: Das, was unſere Criminaliſten den ſubjectiven Thatbeſtand nennen (i). Dieſe eigenthümliche Beſchränkung darf auch gar nicht als eine zufällige, willkürliche betrachtet werden, ſondern ſie hatte ihren guten Grund in folgendem Umſtand. Wenn wegen der Tödtung oder Verwundung eines Sklaven geklagt wurde, ſo war die That-

(h) *L.* 25 § 2 *L.* 26 *ad L. Aqu.* (9. 2).

(i) *L.* 23 § 11 *L.* 24 *L.* 25 *pr. ad L. Aquil.* (9. 2), *L.* 4 *de confessis* (42. 2). In der erſten dieſer Stellen ſind beſonders entſcheidend die Worte: „hoc enim solum remittere actori confessoriam actionem, ne necesse habeat docere, *eum* occidisse, ceterum *occisum esse* hominem a quoçunque oportet".

ſache des Todes oder der Verwundung meiſt unbeſtritten, konnte wenigſtens durch den Augenſchein leicht außer Zweifel geſetzt werden. Dagegen war die Thatſache, daß gerade dieſer Beklagte die That begangen habe, leicht abzuleugnen; dieſem Leugnen ſollte durch die Drohung des doppelten Erſatzes vorgebeugt werden, und daher war das Geſtändniß gerade dieſer Thatſache allein von Wichtigkeit. Dieſes Geſtändniß wurde daher auch in die Klagformel, als für den Richter bindend, aufgenommen, und die ſo abgefaßte Klage hieß nun confessoria actio (k).

Nachdem nun die geſchichtliche und formelle Seite der confessio in jure feſtgeſtellt worden iſt, bleibt noch die Erörterung der praktiſchen Seite übrig. Dahin gehört zunächſt die wichtige Frage, die auch ſchon für das Römiſche Recht zu beantworten iſt, ob das gerichtliche Geſtändniß eine unbedingt verpflichtende Kraft mit ſich führt, oder ob daſſelbe widerrufen und angefochten werden kann auf den Grund der Behauptung, daß es nicht mit der Wahrheit übereinſtimme. — Dann aber iſt beſonders auch die heutige Anwendbarkeit der Grundſätze des Römiſchen Rechts über das gerichtliche Geſtändniß zu unterſuchen, um die richtige Behandlung deſſelben im heutigen Recht feſtſtellen zu können.

(k) *L.* 23 § 11 *L.* 25 § 1 *ad L. Aqu.* (9. 2). Nur hier kommt dieſer Name vor, welches jedoch ganz zufällig ſeyn kann; an ſich paßte er auf jede Klage, die in Folge einer confessio in jure angeſtellt wurde (§ 303 Note n).

Die Beantwortung dieſer Fragen aber wird mit Erfolg erſt unternommen werden können, wenn zuvor die Interrogatio in jure dargeſtellt ſeyn wird.

§. 305.

Surrogate des Urtheils. — I. Gerichtliches Geſtändniß. — Interrogatio in jure.

Wenn ein Rechtsſtreit abhängig iſt von einer, die Perſon des Beklagten betreffenden Präjudicialfrage, welches neuere Schriftſteller die Paſſivlegitimation nennen, ſo ſoll ſowohl der Kläger, als der Richter befugt ſeyn, eine ſolche Frage dem Beklagten vorzulegen, welcher dann verbunden iſt, zu antworten; dieſe Verbindlichkeit iſt hier eigenthümlich. Durch den Inhalt der Antwort wird der Beklagte verpflichtet, und darin liegt die Aehnlichkeit dieſes Inſtituts mit der confessio in jure. Die Verſchiedenheit beider Prozeßhandlungen aber liegt darin, daß die confessio den eigentlichen Gegenſtand des Rechtsſtreits, den Anſpruch des Klägers, betrifft, und daher das Urtheil entbehrlich machen kann (§ 303), anſtatt daß die interrogatio nur eine vorläufige Frage, nicht den Streitgegenſtand ſelbſt betrifft, und daher niemals für ein Surrogat des Urtheils gelten kann.

Außer dieſem beſonderen Fall konnte aber auch jede andere Frage von einer Partei ihrem Gegner vor dem Prätor vorgelegt werden, und wenn ſich der Gegner durch eine beſtimmte Antwort darauf freiwillig einließ, ſo war er durch eine ſolche in jure confessio nach den oben auf-

geſtellten Grundſätzen gebunden, wobei dann die vorhergehende interrogatio nur als die zufällige Veranlaſſung der confessio zu betrachten war, und gar nicht ſelbſtſtändig zur Form der Handlung gehörte (a). — Hierauf beruhte unter andern auch die uralte Form der in jure cessio als Uebertragung des Eigenthums durch freien Willen des bisherigen Eigenthümers. Der neue Eigenthümer vindicirte die Sache zum Schein; der Prätor fragte den Veräußernden, ob er das Eigenthum des Klägers anerkenne, und wenn der Befragte es anerkannte oder nur ſchwieg, ſo erfolgte die Addiction des Prätors, die das Eigenthum übertrug (b).

An ſich ließ ſich dieſes Verfahren denken ſowohl vor dem Prätor, als vor dem Juder. Urſprünglich kam es nur vor dem Prätor vor, war alſo eine interrogatio *in jure* (c), nicht *in judicio*, weil es dort allein auf die Abfaſſung der Klagformel Einfluß haben konnte, wozu es urſprünglich beſtimmt war. Wir finden die Anwendung deſſelben ausdrücklich erwähnt in folgenden Fällen, worin dem Kläger eine Antwort des Beklagten auf die hier angegebenen Fragen von Wichtigkeit ſeyn konnte:

(a) Ein ſolcher Fall von der Frage eines Beklagten an den Kläger kommt vor in *L.* 29 § 1 *de don.* (39. 5), ſ. o. § 303 r. Die daſelbſt abwechſelnd gebrauchten Ausdrücke: interrogatus, respondit, confessus, confessio, ſind daher gar nicht als ungenauer Sprachgebrauch anzuſehen. Im ganzen Titel de interrogationibus iſt abwechſelnd von respondere und confiteri die Rede.

(b) Gajus II § 24.

(c) Dieſer Name findet ſich in der Ueberſchrift des Titels, ferner in *L.* 1 *pr. L.* 4 § 1 *de interr.* (11. 1).

1. Ob der Beklagte Erbe eines verſtorbenen Schuldners des Klägers ſey (d);
2. Zu welchem Antheil er Erbe ſey (e);
3. Ob er, im Fall einer noxalis actio, Eigenthümer des verletzenden Sklaven ſey: eben ſo, bei der actio si quadrupes, Eigenthümer des ſchädlichen Thieres (f);
4. Ob, im Fall einer actio de peculio, ein peculium des Sohnes oder Sklaven vorhanden ſey (g);
5. Ob, im Fall einer cautio damni infecti, der Beklagte Eigenthümer des Gefahr drohenden Hauſes ſey (h);
6. Im Fall einer Eigenthumsklage, zu welchem Theil der Sache der Beklagte den Beſitz habe (i);
7. Wie alt der Beklagte ſey (k); nämlich ob der Beklagte unmündig, imgleichen ob er minderjährig ſey, weil er im erſten Fall einen Tutor als Auctor, im zweiten einen Curator als Beiſtand haben mußte, wenn der Rechtsſtreit gültig geführt werden ſollte (l).

(d) *L.* 2. 3. 5. 9 § 7 *de interr.* (11. 1)
(e) *L.* 1 *pr.* 4 *pr.* 5 *eod.*
(f) *L.* 5. 8. 7 *eod.*
(g) *L.* 9 § 8 *eod.*
(h) *L.* 10 *L.* 2 § 2 *eod.*
(i) *L.* 20 §. 1 *eod.* — Ueber das Eigenthum des Beklagten ſollte der Kläger nicht fragen, weil Dieſes mit ſeinem eigenen Recht zuſammenhing, das er kennen mußte. *L.* 73 *pr. de R. V.* (6. 1).
(k) *L.* 11 *pr. de interr.* (11. 1).
(l) Nicht eigentlich zu dieſem Rechtsinſtitut gehört die Frage, die ein Ehemann ſeiner geſchiedenen Frau vor dem Prätor vorlegen durfte, ob ſie ſchwanger ſey; die Frau wurde durch Pfändung oder Geldſtrafe zur Antwort gezwungen, aber es knüpfte ſich an dieſe Frage keine Klage, wovon allein bei unſerm Inſtitut die Rede iſt. *L.* 1 § 2. 3 *de insp. ventre* (25. 4).

Alle dieſe Fragen konnten bequem und zweckmäßig gefunden werden, um dem Kläger die Mühe und Koſten eines unnützen Rechtsſtreites, oder die unrichtige Führung deſſelben zu erſparen. In einem jener Fälle (Num. 2) konnte die Frage ſogar nothwendig ſeyn, um den Verluſt eines Rechts von ihm abzuwenden: Wenn nämlich der Kläger eine certi condictio gegen einen der Erben ſeines urſprünglichen Schuldners anſtellen wollte, und über die Größe des Erbtheils ſeines Beklagten ungewiß war. Denn wenn er einen größeren Theil der Schuld einklagte, als den welcher dem Erbtheil entſprach, ſo verlor er nach den Regeln des alten Prozeſſes den ganzen Anſpruch an dieſen Erben (m).

Auf die ertheilte Antwort gründete ſich nun eine interrogatoria actio (n), das heißt, es wurde in die ohnehin beabſichtigte Klagformel der Inhalt der Antwort als unabänderlich feſtſtehend mit aufgenommen. Folgendes Beiſpiel wird Dieſes anſchaulich machen. Wenn Jemand aus einer Stipulation Hundert zu fordern hatte, der Schuldner ſtarb, einer der Erben widerſprach der Schuld, antwortete aber auf die vorgelegte Frage, er ſey Erbe zur Hälfte des Vermögens, ſo mag wohl die Formel in folgender Weiſe gefaßt worden ſeyn:

Quod N. Negidius interrogatus respondit, se esse

(m) *L.* 1 *pr. de interr.* (11. 1).

(n) Dieſer Name findet ſich in der Ueberſchrift des Titels, ferner in *L.* 1 § 1 und *L.* 22 *eod.*

Seji heredem ex semisse, si paret, Sejum Aulo Agerio centum dare oportere, N. Negidium in quinquaginta condemna.

Die verſchiedene Art, in welcher der Beklagte durch ſein Benehmen verpflichtet werden konnte, wird ſogleich genauer angegeben werden.

Zuvor aber muß die Veränderung erwähnt werden, die in dieſem Verfahren ſchon zur Zeit der alten Juriſten eingetreten iſt. Darüber ſagt Calliſtratus wörtlich Folgendes (o): „Nach dem gegenwärtigen Gerichtsgebrauch wird kein Beklagter mehr gezwungen, ſchon vor dem Prätor in eine ſolche Vorverhandlung über vorgelegte Fragen ſich einzulaſſen; vielmehr wird dieſer Theil des Verfahrens, ſo wie jede andere Beweisführung über Thatſachen, dem Juder überlaſſen. Daher ſind denn auch die interrogatoriae actiones faſt ganz außer Gebrauch gekommen (p).“

(o) *L.* 1 § 1 *eod.*

(p) *L. cit.* „Interrogatoriis autem actionibus *hodie non utimur . . . minus frequentantur et in desuetudinem abierunt.*“ Es iſt oben erwähnt worden, daß das alte Verfahren meiſt nur zur Bequemlichkeit diente, und dieſe konnte auch vor dem Juder hinlänglich verſorgt werden. In Einem (vergleichungsweiſe gewiß ſeltenen) Fall konnte daſſelbe nothwendig ſeyn zur Abwendung von Gefahr (Note m), und in dieſem einzigen Fall mögen ſie denn auch noch angewendet worden ſeyn, ſo lange der ordo judiciorum mit ſeinen ſtrengen Formeln beſtand. Auch ſagt ja der Juriſt nicht, daß ſie durchaus verſchwunden ſeyen, ſondern nur, daß ſie wenig mehr vorkämen (*minus* frequentantur), und dieſer unbeſtimmte Ausdruck mag abſichtlich gebraucht ſeyn mit Rückſicht auf jenen einzelnen Fall. Es iſt wohl zu bemerken, daß die Nothwendigkeit der int. act. für dieſen Fall in derſelben Stelle, und nur wenige Worte vorher, bemerklich gemacht wird.

Neuere Schriftsteller haben diese geschichtliche Angabe so anstößig gefunden, daß sie die künstlichsten Mittel versucht haben, um die vermeintlichen Widersprüche zu beseitigen (q). Sie haben die Erzählung des Callistratus so aufgefaßt, als sey das ganze positive Rechtsinstitut der Interrogationen außer Gebrauch gekommen; damit schien ihnen der Umstand im Widerspruch zu stehen, daß die genau bestimmten Regeln desselben (welche sogleich angegeben werden sollen) in den Digesten als geltendes Recht dargestellt werden. Diese Schwierigkeit sollte auf zweierlei Weise gelöst werden.

Einige sagten, die ganze Erzählung von dem veränderten Recht beruhe auf Interpolationen von Tribonian; früher habe sich gar Nichts geändert. — Allein eine solche Interpolation wäre eben so unnütz, als zweckwidrig gewesen. Unnütz, weil zur Zeit von Justinian durchaus keine Gefahr war, daß Jemand zwischen Prätor und Juder fehlgreifen möchte. Zweckwidrig, weil aus dem ganzen Titel der Digesten deutlich erhellt, daß die alten praktischen Regeln über die Interrogationen fortbestehen sollten.

Andere haben folgende Behauptung aufgestellt. In der alten Zeit, sagen sie, waren außergerichtliche Interrogationen üblich, und mit diesen wurden die größten Ungerechtigkeiten und Bedrückungen verübt. Diese sind es, welche nach der Erzählung des Callistratus außer Gebrauch gesetzt wurden. — Diese ganze Geschichte von den

(q) Vgl. Glück B. 11 S. 247—249. 255. 293. Zimmern Rechtsgesch. B. 3 S. 379. Puchta Institutionen B. 2. S. 192.

bedrückenden außergerichtlichen Interrogationen iſt völlig leer, und nur dazu erſonnen, um die hier erwähnte (gar nicht vorhandene) Schwierigkeit zu beſeitigen. Sie beruht eigentlich nur auf dem augenſcheinlichen Mißverſtändniß von zwei Worten des Calliſtratus (r).

Die ganze Schwierigkeit verſchwindet durch folgende Auffaſſung der eingetretenen Veränderung. Die alten Interrogationen mit ihren ſehr poſitiv beſtimmten Wirkungen wurden gar nicht verändert; ſie ſollten nur nicht mehr vor dem Prätor vorkommen, ſondern vor dem Juder, alſo auch keinen Einfluß mehr haben auf die Abfaſſung der formula. Daher waren es die interrogatoriae actiones, die außer Gebrauch kamen, nicht die Interrogationen mit ihren Folgen, die unverändert blieben. So erzählt die Sache faſt wörtlich Calliſtratus, und ſeine Erzählung wird völlig beſtätigt durch eine Stelle des Ulpian (s).

Faßt man die Sache ſo auf, ſo muß man ſich überzeugen, daß Tribonian Nichts mehr zu ändern vorfand, weil ſchon zur Zeit des ordo judiciorum Alles in die Lage gebracht worden war, in welcher es auch nun bleiben

(r) *L.* 1 § 1 *cit.* „Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur, quia nemo cogitur *ante judicium* de suo jure aliquid respondere.“ Die Worte ante judicium erklärte man durch außergerichtlich, da ſie doch ſo viel heißen, als: in jure, coram Praetore.

(s) *L.* 21 *eod.* „Ubicunque *judicem* aequitas moverit, aeque oportere fieri interrogationem, dubium non est.“

konnte. Wir haben daher keine Urſache, auch nur in den Worten der alten Juriſten irgend eine erhebliche Interpolation voraúszuſetzen (t).

Es bleibt nun noch übrig, die praktiſchen Regeln anzugeben, die urſprünglich für die interrogatio in jure eintreten ſollten, dann aber, und zwar ſchon zur Zeit der alten Juriſten, auf die interrogatio in judicio übertragen worden ſind.

Der Beklagte kann über jeden, ſeine perſönlichen Verhältniſſe betreffenden Präjudicialpunkt ſowohl von der Richterbehörde, als von dem Gegner, befragt werden, und er iſt in beiden Fällen zur Antwort verpflichtet (u). Nunmehr können folgende Fälle eintreten.

A. Er antwortet. Dadurch wird der Gegner zunächſt berechtigt, den Inhalt der Antwort als förmliche Wahrheit (wie aus einem Urtheil) gegen ihn geltend zu machen. Seine Antwort hat in dieſer Hinſicht die Natur eines Quaſicontracts (v).

(t) Höchſtens iſt eine ſolche, und zwar ſehr unſchuldige und ungefährliche, anzunehmen in folgenden Worten des Ulpian (*L.* 4 *pr. eod.*) „Voluit Praetor adstringere eum, qui convenitur, ex sua *in judicio* responsione“ .... Hier mag wohl Ulpian geſchrieben haben: *in jure.*

(u) *L.* 9 *pr.* § 1, *L.* 11 § 9 *eod.*

(v) *L.* 11 § 9 *eod.*

B. Er antwortet, und wird hinterher einer wiſſentlich unwahren Anwort überführt.

C. Er verweigert die Antwort.

In beiden letzten Fällen iſt der Gegner befugt, gegen ihn das Nachtheiligſte anzunehmen, das im vorliegenden Falle denkbar iſt, und Dieſes gilt als Strafe ſeines unredlichen Benehmens (x). So z. B., wenn er des urſprünglichen Schuldners Erbe zur Hälfte iſt, auf Befragen aber nur ein Viertheil angiebt, ſo darf er als einziger Erbe behandelt, und für die ganze Schuld in Anſpruch genommen werden.

Die Verpflichtung zur Antwort, alſo auch die Strafe der Verweigerung, fällt jedoch weg, wenn der Beklagte Gründe der Ungewißheit über den Gegenſtand der Frage angeben kann, ſo z. B., wenn er befragt wird, ob er Erbe ſey, und über dieſes Erbrecht in einem Rechtsſtreit befangen iſt (y).

§. 306.

Surrogate des Urtheils. — I. Gerichtliches Geſtändniß. — Widerruf.

Nachdem die Lehre von der confessio und von der interrogatio, jede für ſich, dargeſtellt iſt, kann zur Beantwortung einer wichtigen praktiſchen Frage übergegangen

(x) *L.* 4 *pr.* *L.* 5 *L.* 11 § 1. 2. 3. 4. 5. 9 *L.* 17 *eod.*, *L.* 39 *pr. de proc.* (3. 3), *L.* 26 § 5 *de nox. act.* (9. 4). — Bethmann-Hollweg S. 281.

(y) *L.* 6 § 1 *de interr.* (11. 1).

werden, welche sich auf beide Institute, als verschiedene Zweige des gerichtlichen Geständnisses, gemeinschaftlich bezieht. Dies ist die Frage, ob es dem Geständigen erlaubt ist, das Geständniß durch Widerruf zu entkräften, wenn er es unternimmt, das Eingestandene als unwahr darzuthun, also einen darin enthaltenen Irrthum nachzuweisen. Diese Frage ist bei unsern Schriftstellern in hohem Grade bestritten, welches seinen Grund in den scheinbar sehr widersprechenden Aussprüchen der Römischen Juristen hat.

Um in dieser Untersuchung einen festen Boden zu gewinnen, ist es nöthig, auf allgemeine, leitende Grundsätze zurück zu gehen. Hier begegnen wir aber zwei äußersten, völlig entgegen gesetzten Ansichten. Nach der einen ist das gerichtliche Geständniß ein reines Beweismittel, ähnlich dem außergerichtlichen (nur vielleicht dem Grade nach stärker), so wie dem Zeugenbeweise. Nach dieser Ansicht ist es folgerecht, einen einfachen Gegenbeweis als Entkräftung zuzulassen. — Nach der zweiten Ansicht bildet jenes Geständniß förmliches Recht, ähnlich dem rechtskräftigen Urtheil. Von diesem Standpunkt aus scheint jede Anfechtung, jeder Widerruf verneint werden zu müssen, auch wenn der Geständige die Unwahrheit des Geständnisses zu beweisen unternehmen wollte.

Zwischen diesen äußersten Ansichten liegt die Wahrheit in der Mitte. Allerdings bildet das gerichtliche Geständniß förmliches Recht, mit bindender Kraft für den Geständigen, und ist nicht ein bloßes Beweismittel, das heißt, ein Mittel

auf die Ueberzeugung des Richters einzuwirken. Dennoch iſt eine Entkräftung deſſelben möglich, jedoch nur durch Reſtitution von Seiten des Prätors, alſo durch dieſelbe Macht, wodurch unter gewiſſen Bedingungen auch die Entkräftung eines Urtheils möglich iſt. — Dieſe Sätze gelten ſowohl für die confessio, als für die interrogatio. — Es giebt aber ausgenommene Fälle, in welchen jede Anfechtung gänzlich ausgeſchloſſen iſt. — Dieſe Sätze ſollen nun einzeln entwickelt, und in den Quellen des Römiſchen Rechts nachgewieſen werden.

1. Die confessio in jure (im Juſtinianiſchen Recht in judicio) hat bindende Kraft für den Geſtändigen (§. 303. 304). Dieſelbe Kraft hat die interrogatio und responsio in jure (ſchon zur Zeit der alten Juriſten in judicio); dieſe wirkt in der Regel als Quaſicontract, ausnahmsweiſe als Strafe. Die bindende Kraft überhaupt iſt alſo allen Formen des gerichtlichen Geſtändniſſes gemeinſam.

Es kommt aber darauf an, die Natur dieſer bindenden Kraft näher zu beſtimmen. Sie begründet eine feſte Begränzung des Rechtsſtreits, und iſt daher als eine das Urtheil vorbereitende und bedingende formelle Handlung anzuſehen. Sie hat daher eine innere Verwandtſchaft mit der Litisconteſtation, und bildet gleichſam eine durch den ganzen Prozeß fortſchreitende, ergänzende Litisconteſtation. Durch dieſes Geſtändniß wird alſo nicht ſowohl dieſe oder jene Thatſache feſtgeſtellt, worüber der Richter ein freies Urtheil zu bilden haben möchte, ſondern es wird durch

daſſelbe dem Gebiet des Streitigen unter den Parteien, worüber allein von dem Richter ein Urtheil erwartet wird, Mehr oder Weniger entzogen, alſo jenes Gebiet enger begränzt.

2. Beruht das Geſtändniß auf Irrthum, ſo kann der Geſtändige von den Folgen deſſelben Befreiung erlangen. Dieſe Befreiung wird ertheilt durch Reſtitution (alſo im alten Prozeß nur durch den Prätor) (a).

Die Reſtitution wird hier aber nur unter folgenden Bedingungen ertheilt. — Der Irrthum muß ein factiſcher ſeyn, kein Rechtsirrthum (b). — Er darf nicht auf grober Nachläſſigkeit beruhen (c). — Er muß *als Irrthum* bewieſen werden, ſo daß der bloße Beweis des Gegentheils der eingeſtandenen Thatſachen nicht hinreicht (d). Dieſer wichtige, in unſern Rechtsquellen ausdrücklich anerkannte Satz iſt die nothwendige Folge davon, daß dem Geſtändniß ja auch ganz andere Abſichten, als die Anerkennung der Wahrheit, zum

(a) *L.* 7 *de confessis* (42. 2) *L.* 11 § 8 *de interr.* (11. 1). Dieſe Reſtitution gehört unter die zahlreichen Fälle, in welchen überhaupt gegen *Prozeßhandlungen* Reſtitution wegen Irrthums ertheilt wird. S. o. B. 3. S. 386. 387.

(b) *L.* 2 *de confessis* (42. 2), C. 3 *X. de confess.* (2. 18), *C.* 2 *de restit. in VI.* (1. 21).

(c) *L.* 11 § 11 *de interr.* (11. 1) „nisi culpa dolo proxima sit".

(d) *C.* 3 *X. de confessis* (2. 18) „si de hujusmodi potuerit errore docere". — Es wird ſtets darauf ankommen, die *Entſtehung* der irrigen Meinung aus ſcheinbaren äußeren Thatſachen nachzuweiſen. Beiſpiele eines ſolchen Beweiſes finden ſich in *L.* 11 § 8 *de interr.* (11. 1).

Grunde liegen können, unter andern die Abſicht, zu ſchenken (§ 303). Ferner können nur durch dieſen Beweis die oben aufgeſtellten Bedingungen feſtgeſtellt werden, daß nämlich der Irrthum blos factiſch ſeyn und nicht auf grober Nachläſſigkeit beruhen muß.

Dieſe Grundſätze ſind gleichmäßig anzuwenden auf die confessio und auf die interrogatio (Note a). Bei dieſer letzten alſo wird durch die Reſtitution der Quaſicontract (§ 305. v) entkräftet. Was aber die Strafverpflichtung wegen wiſſentlicher Unwahrheit betrifft (§ 305. x), ſo iſt ſelbſt der Begriff einer ſolchen Unwahrheit durch den Beweis des Irrthums ausgeſchloſſen (e).

Dabei iſt noch beſonders aufmerkſam zu machen auf die innere Verwandtſchaft des Widerrufs eines irrigen Geſtändniſſes mit der condictio indebiti. Hier, wie dort, muß der Irrthum bewieſen werden, welcher ein factiſcher ſeyn und nicht auf grober Nachläſſigkeit beruhen muß. Von dieſer Verwandtſchaft wird ſogleich noch weiterer Gebrauch gemacht werden.

3. Die förmliche Reſtitution wird aber nicht in allen Fällen erfordert.

Wenn der Geſtändige noch vor dem Prätor ſeine Erklärung zurück nehmen oder verbeſſern wollte, bevor dadurch dem Gegner ein Schade entſtanden ſeyn konnte, ſo war ihm Dieſes geſtattet, ohne daß es dazu eines Beweiſes und einer Reſtitution bedurfte. Nach der Litiscontestation, alſo

(e) *L.* 11 §. 3. 10. 11. *de interr.* (11. 1).

vor dem Juder, war eine ſolche Veränderung nicht mehr möglich, ohne auf den Prätor zurück zu gehen und Reſtitution zu erlangen (f).

Wenn ferner das Eingeſtandene in Folge von Rechtsregeln als unmöglich erkannt werden muß, ſo bedarf es keiner Reſtitution, und auch ſchon der Römiſche Juder mußte dieſem Geſtändniß jede Wirkung verſagen. Wenn alſo eine Noxalklage angeſtellt wurde wegen der Handlung eines Sklaven oder Sohnes gegen den vermeintlichen Herrn oder Vater, welcher auf Befragen das Daſeyn der potestas einräumte, ſo war dieſes Geſtändniß allerdings hinreichend, um gerade ihn zum Schuldner zu machen, und alſo die Schuld vom wahren Herrn oder Vater auf ihn zu übertragen. Wenn aber hinterher bewieſen wurde, daß der Thäter gar nicht Sklave oder Sohn, ſondern frei und unabhängig war, oder daß der Geſtändige gar nicht des Eigenthums (über einen Sklaven) fähig, oder ſeines Alters wegen nicht der väterlichen Gewalt über den (vielleicht älteren) Thäter fähig war, ſo ſollte in allen dieſen Fällen dem Geſtändniß alle Wirkung verſagt werden (g).

Dieſes iſt nun die einzige Beziehung, in welcher dem Beweis der Unmöglichkeit, worauf Manche einen unver-

(f) *L.* 11 § 12 *de interr.* (11. 1), „licere responsi poenitere.“ *L.* 20 § 5 *de nox. act.* (9. 4).

(g) *L.* 13. 14. 16 *de interr.* (11. 1). In dieſem Sinn heißt es in den angeführten Stellen: „quia falsae confessiones naturalibus convenire deberent“, und: „si id, quod in confessionem venit, et jus et naturam recipere potest“.

hältnißmäßigen Werth legen, ein besonderer Einfluß zugestanden werden kann. Allerdings ist jede unmögliche Thatsache stets zugleich eine unwahre, und der Beweis der Unwahrheit einer Thatsache ist die Grundlage für den Beweis des Irrthums über das früher abgegebene Geständniß der Wahrheit dieser Thatsache. Aber der vollständige Beweis dieses Irrthums liegt darin nicht, weil das Unmögliche, eben so gut, als das blos Unwahre, mit Bewußtseyn der Unwahrheit, folglich ohne Irrthum, eingestanden seyn kann. Daher ist es unrichtig, wenn Manche behaupten, der Beweis der Unmöglichkeit sey stets hinreichend, und mache den Beweis des Irrthums unnöthig. Wenn also Jemand eine von ihm persönlich begangene That eingesteht, so ist zum Widerruf nicht hinreichend, daß er das Alibi beweist. Denn aus dem Alibi folgt allerdings, daß er die That nicht begangen haben kann, also auch nicht begangen hat; es folgt aber nicht, daß er im Irrthum war, als er das Geständniß der That ablegte. Ja sogar wird gerade in diesem Fall der Irrthum höchst unwahrscheinlich, vielleicht nur unter den abentheuerlichsten Voraussetzungen möglich seyn.

§. 307.

Surrogate des Urtheils. — I. Gerichtliches Geständniß. — Widerruf. (Fortsetzung.)

Die in dem vorhergehenden §. aufgestellten Grundsätze leiden eine Ausnahme in den Fällen der Klagen, worin

das böswillige Leugnen durch die Verurtheilung auf den doppelten Werth bestraft wird (ubi lis inficiando crescit in duplum) (§ 304). In diesen Fällen hat das Geständniß die Natur eines Vergleichs, um der Gefahr der höheren Verurtheilung zu entgehen. Daher gilt hier kein Widerruf aus dem Grund des Irrthums, und keine Restitution, selbst wenn der Irrthum bewiesen werden könnte (a).

Hier zeigt sich wieder die, schon oben erwähnte, Verwandtschaft zwischen dem Widerruf des Geständnisses und der condictio indebiti (§ 306). Denn auch die condictio indebiti ist in denselben Fällen ausgeschlossen (b), indem die Zahlung nicht als vermeintliche Erfüllung einer unzweifelhaften Forderung angesehen werden soll, sondern als eine Vergleichssumme zur Abwendung der Gefahr einer höheren Verurtheilung.

Diese Ausnahme also mußte gelten bei der actio judicati und depensi, so wie bei der Klage aus dem legatum damnationis einer bestimmten Geldsumme. Daß sie dabei von den alten Juristen nicht erwähnt wird, erklärt sich aus der Natur dieser Schulden als reiner Geldschulden. Denn bei diesen wurde die ganze Sache vor dem Prätor zu Ende gebracht ohne Judex (§ 304), so daß dabei kaum jemals Zeit und Anlaß zu einem Widerruf des abgegebenen Ge-

(a) Diese Ausnahme hat keine Anwendung bei den Interrogationen, sondern nur bei der eigentlichen confessio in jure.

(b) § 7 *J. de obl. quasi ex contr.* (3. 27), *L.* 4 *C. de cond ind.* (4. 5).

ſtändniſſes geweſen ſeyn mag. Es bleiben alſo nur noch zwei Klagen dieſer Art zu betrachten übrig, die actio L. Aquiliae, und die Klage aus einem legatum damnationis auf eine beſtimmte Sache außer baarem Gelde.

Wenn die actio L. Aquiliae wegen der Tödtung oder Verwundung eines Sklaven angeſtellt wird, und der Beklagte die That als von ihm begangen eingeſteht, ſo wird er dadurch unbedingt zum einfachen Schadenserſatz verpflichtet, und hat keine Reſtitution zu hoffen, auch wenn er ſich zum Beweiſe des Irrthums erbietet. Der entſcheidende Grund dieſer auffallenden Vorſchrift liegt in der ſo eben bemerkten Vergleichsnatur eines ſolchen Geſtändniſſes, indem er dadurch der Gefahr entgeht, außerdem vielleicht zum doppelten Erſatz verurtheilt zu werden (§ 304. i). Allein dieſe Gefahr und die damit verbundene unbedingte Verpflichtung beſchränkt ſich auf die perſönliche Thäterſchaft des Beklagten. Wenn alſo der Widerruf dahin gerichtet iſt, daß der Sklave noch lebe, daß er ohne Wunden ſey, ſo bezieht ſich darauf die Ausnahme nicht; vielmehr iſt hier, wie bei anderen Klagen, die Reſtitution wegen eines Irrthums zuläſſig. — Allerdings kommt hier zu dem bereits geltend gemachten, ſchon allein genügenden Grund noch ein anderer hinzu, der ſelbſt ohne Beweis eines Irrthums hinreichen würde, die Klage völlig auszuſchließen. Denn wenn der Sklave lebt und geſund iſt, ſo muß die Klage ohne Erfolg bleiben, da es ganz an einem Schaden fehlt, deſſen Abſchätzung allein der Verurtheilung einen Inhalt

geben könnte (c). — Dagegen iſt hier die Unmöglichkeit an und für ſich keinesweges das entſcheidende Moment. Denn auch die Unmöglichkeit der Thäterſchaft könnte behauptet werden im Fall des erwieſenen Alibi, und doch würde hierin kein Grund liegen, die unbedingt verpflichtende Kraft des Geſtändniſſes zu beſchränken.

Der zweite hierher gehörende Fall iſt der eines legatum damnationis auf eine beſtimmte Sache außer baarem Geld. Wenn der verklagte Erbe die Verpflichtung zu dieſem Legat eingeſteht, ſo iſt er unbedingt verpflichtet, ſelbſt wenn er beweiſen kann, daß die Sache nie exiſtirt hat, oder daß ſie untergegangen iſt (d). In dieſen beiden Fällen iſt das

(c) *L.* 24 *ad L. Aquil.* (9. 2).

(d) *L.* 3 *de confessis* (42. 2) „Julianus ait, confessum *certum se debere* legatum, *omnimodo damnandum,* etiamsi in rerum natura non fuisset, etsi jam a natura recessit, ita tamen, ut in aestimationem ejus damnetur, *quia confessus pro judicato habetur*". — Dieſer Stelle ſcheinen zwei andere nach verſchiedenen Richtungen hin zu widerſprechen. *L.* 8 *eod.* „*Non omnimodo* confessus condemnari debet rei nomine, quae an in rerum natura esset incertum sit". Hier wird jedoch gar nicht geſagt, daß von einem legatum damnationis die Rede ſey; bei jeder andern Klage aber iſt die unbeſtimmte Verneinung ganz an ihrem Platze. — *L.* 5 *eod.* „Qui Stichum debere se confessus est, sive mortuus jam Stichus erat, sive post litis contestationem decesserit, condemnandus est". Nach der Ueberſchrift der Stelle ſprach darin Ulpian von einer Stipulationsſchuld. Aus dieſem herausgeriſſenen Fragment aber iſt gar Nichts zu entnehmen, da gewiß noch irgend ein anderer Grund der Obligation hinzugedacht werden muß, beſonders in dem Fall des Todes nach der *L. C.*, in welchem Fall eine Verpflichtung entſtanden ſeyn kann nur durch Dolus, Culpa, oder Mora des Beklagten, ſ. o. B. 6 § 272. 273 Note l.

Legat an ſich ungültig (e), folglich die eingeſtandene Verpflichtung zum Legat unmöglich, woraus alſo folgt, daß auch hierin die Unmöglichkeit des Eingeſtandenen (se *debere* legatum) keinen Unterſchied macht. — In dieſem Fall nun hat eben ſo, wie in dem vorhergehenden, das Geſtändniß die Natur eines Vergleichs, indem der Geſtändige nur den einfachen Werth des Legats leiſtet (f), alſo die Gefahr der höheren Verurtheilung von ſich abwendet.

Die hier dargeſtellten Ausnahmen, in welchen das Geſtändniß unbedingt, ohne Reſtitution wegen Irrthums, verpflichten ſoll, ſind für das heutige Recht ganz ohne Anwendung. Denn es iſt unbezweifelt, daß das ganze Rechtsinſtitut, welches mit dem Ausdruck: lis inficiando crescit in duplum bezeichnet wird, als ein einzelnes, höchſt poſitives, Stück der Römiſchen Privatſtrafen, für unſer Recht verſchwunden iſt. Damit aber müſſen auch die erwähnten Ausnahmen, als bloße Folgen jenes Inſtituts, nothwendig wegfallen.

Ich habe es verſucht, die in dieſer Lehre ſcheinbar widerſprechenden Stellen des Römiſchen Rechts zu vereinigen. Neuere Schriftſteller haben verſchiedene Wege eingeſchlagen, um zum Ziel einer ſolchen Vereinigung zu ge-

(e) *L.* 108 § 10. *L.* 36 § 3 *de leg.* 1 (30. *un.*), § 16 *J. de leg.* (2. 20).

(f) *L.* 61 *in f. ad L. Falc.* (35. 2), *L.* 71 § 3 *de leg.* 1 (30. *un.*).

langen. Ist der hier versuchte richtig, so bedarf es der besonderen Prüfung und Widerlegung jener fremden Versuche nicht (g).

§. 308.

Surrogate des Urtheils. — I. Gerichtliches Geständniß. — Heutiges Recht.

Zunächst könnte man glauben, die ganze hier dargestellte Lehre sey schon deswegen unanwendbar, weil die confessio *in jure* und die interrogatio *in jure* mit dem alten ordo judiciorum verschwunden seyn müßten. Allein der ordo judiciorum war schon zu Justinian's Zeit längst spurlos untergegangen, und doch wird in den Digesten diese Lehre noch als praktisches Recht vorgetragen. Wir werden also die Sache ganz im Sinn von Justinian vielmehr so aufzufassen haben, daß nach der Verschmelzung von jus und judicium die alten Rechtsinstitute als confessio und interrogatio *in judicio* fortbestehen.

Damit hängt zusammen die Frage, worüber namhafte neuere Schriftsteller verschiedener Meinung sind, ob die so

(g) Am nächsten der Wahrheit kommt wohl Bayer Vorträge S. 305—310, nur daß er die Unmöglichkeit dem Irrthum coordinirt, also für einen Grund des Widerrufs gelten läßt auch ohne Beweis des Irrthums. — Ebenso legt Bethmann-Hollweg S. 272. 273 einen zu großen Werth auf die Unmöglichkeit an sich, und stellt dagegen den Irrthum in den Hintergrund. — Weber S. 58—64 ist ganz verworren. — Linde § 256 nimmt an, in der Regel sey kein Widerruf zulässig, beschränkt aber diese Regel durch eine große Zahl unzusammenhangender Ausnahmen.

eben dargeſtellten poſitiven Vorſchriften des Römiſchen Rechts noch Geltung haben oder nicht (a). Ich nehme an, daß die meiſten und wichtigſten Ausſprüche des Römiſchen Rechts in dieſer Lehre gar nicht als poſitive Vorſchriften, ſondern vielmehr als die natürliche Entwickelung dieſes Rechtsinſtituts anzuſehen ſind, allerdings mit einigen, nicht erheblichen, rein poſitiven Beimiſchungen, die für uns nicht mehr anwendbar ſind.

Die richtige Behandlung dieſer Lehre iſt bis jetzt durch Nichts ſo ſehr gehindert worden, als durch den Ausgangspunkt, den man dafür zu wählen pflegte. Als Gattungsbegriff galt der eines Beweismittels, genannt Geſtändniß, beſtehend in der eigenen Erklärung Deſſen, gegen welchen damit ein Beweis geführt werden ſollte. Dieſer Gattungsbegriff wurde zerlegt in zwei Arten, das gerichtliche und das außergerichtliche Geſtändniß, je nachdem in oder außer dem Gericht jene Erklärung abgegeben wird; dieſe als untergeordnet angeſehene Verſchiedenheit konnte nicht hindern, beide Begriffe ihrem Weſen nach als gleichartig zu behandeln.

Ich gehe von einer völlig verſchiedenen Grundanſicht aus, deren Hauptzüge ſchon oben (§ 306) angegeben worden ſind. Beide Begriffe haben den Namen mit einander gemein, ſind aber in ihrem inneren Weſen verſchieden.

(a) Heffter S. 290. 291 bejaht dieſe Frage, Bethmann-Hollweg S. 301 verneint dieſelbe.

Die genauere Darstellung dieser Verschiedenheit wird zugleich den Weg bahnen zu der jetzt vorliegenden Frage, wie sich das heutige Recht zu den oben dargestellten Begriffen und Regeln des Römischen Rechts verhält, und was von diesem letzten noch für uns brauchbar ist.

Das gerichtliche Geständniß ist die Erklärung, welche eine streitende Partei vor dem Richter des vorliegenden Rechtsstreits über Gegenstände dieses Streites abgiebt. Das Wesen und die wichtige Wirkung desselben besteht in der Feststellung der Gränzen zwischen dem streitigen und nicht streitigen Theil der gegenseitigen Behauptungen. Da nun der Richter nur dazu berufen ist, über den Streit der Parteien zu entscheiden, so wird durch jedes gerichtliche Geständniß die Aufgabe des Richters ihrem Umfang nach bestimmt und begränzt. Dieses Geständniß also ist nicht (so wie jedes wahre Beweismittel) ein Motiv für den Richter, so oder anders zu sprechen, sondern eine Feststellung von Gegenständen, worüber er sich des eigenen Urtheils zu enthalten hat, weil sie nicht zu dem, unter den Parteien streitigen Gebiet von Behauptungen gehören. Das gerichtliche Geständniß begründet also formelle Wahrheit (§ 303).

Das gerichtliche Geständniß kann ohne Zweifel auf reine Thatsachen gehen, weil die Feststellung von Thatsachen einen großen Theil (oft den größten) eines Rechtsstreits auszumachen pflegt. Genau zu reden, müßte man sagen, daß dadurch Thatsachen nicht sowohl bewiesen, als dem

Bedürfniß eines Beweiſes entzogen werden; einen praktiſchen Werth hat dieſe Unterſcheidung nicht.

Das gerichtliche Geſtändniß kann aber auch auf Rechtsverhältniſſe gehen, ja dieſes iſt das eigenthümlichſte Gebiet, worin es wirkt.

Für jedes gerichtliche Geſtändniß iſt ein Widerruf möglich, welcher zu einer richterlichen Reſtitution führen kann. Dieſe muß aber begründet werden durch den Beweis eines Irrthums, welcher jedoch ein factiſcher Irrthum ſeyn muß, und nicht aus großer Nachläſſigkeit hervorgegangen ſeyn darf. Die Ueberzeugung des Richters von dem Daſeyn eines Irrthums als Entſtehungsgrund des Geſtändniſſes kann nur aus den Umſtänden hervorgehen, welche die Entſtehung des Irrthums natürlich und wahrſcheinlich erklären (§ 306 d.). Der bloße Beweis, daß das Eingeſtandene unwahr, ſelbſt daß es unmöglich ſey, iſt ohne Beweis eines Irrthums zur Reſtitution nicht hinreichend.

Dieſes ſind die Regeln des Römiſchen Rechts über das gerichtliche Geſtändniß, welche oben ausführlich dargeſtellt worden ſind. In ihnen liegt Nichts, das als rein poſitiv, insbeſondere aus der eigenthümlichen Gerichtsverfaſſung der Römer entſprungen, angeſehen werden könnte. Sie enthalten vielmehr eine reine Entwicklung dieſes Rechtsinſtituts, hervorgegangen aus den wahren praktiſchen Bedürfniſſen deſſelben. In den Grundſätzen unſers heutigen gemeinen

Prozesses liegt Nichts, das einer vollständigen Anwendung jener Regeln hinderlich seyn könnte

Dagegen sind allerdings einige Stücke des Römischen Rechts in dieser Lehre, jedoch gerade die unbedeutendsten, so beschaffen, daß davon im heutigen Recht keine Anwendung gemacht werden kann. Ueber diese Unanwendbarkeit ist auch unsere Praxis niemals im Zweifel gewesen. Ich will sie hier in einzelnen Sätzen zusammenstellen.

1. Von einem Unterschied zwischen confessio in jure und interrogatio in jure kann nicht mehr die Rede seyn; schon im Römischen Recht war kein praktischer Unterschied, und die Unterscheidung in Formen und Ausdrücken hatte eine blos geschichtliche Bedeutung. Es ist also ganz gleichgültig, ob ein gerichtliches Geständniß veranlaßt wird durch eine Anfrage des Gegners (vielleicht auch durch ein prozeßleitendes Decret des Richters), oder nicht, ob es eine bloße Präjudicialfrage betrifft, oder den Gegenstand des Rechtsstreites selbst.

2. Die Strafen, welche das Römische Recht bei den Interrogationen auf die wissentliche Unwahrheit und auf die verweigerte Antwort androht (§ 305), sind unserm heutigen Prozeß gewiß fremd.

3. Eben so ist demselben völlig fremd die unbedingte, jeder Restitution entzogene, Verpflichtung, die das gerichtliche Geständniß ausnahmsweise mit sich führen soll bei der actio legis Aquiliae und bei der Klage aus einem legatum damnationis (§ 307). Diese mußte verschwinden

als bloße Folge der Verurtheilung in den doppelten Werth, welche überhaupt nur ein Stück des ganzen Syſtems der Privatſtrafen iſt, und mit dieſem Syſtem in unſer heutiges Recht keinen Eingang gefunden hat. Insbeſondere bei dem legatum damnationis iſt eine ſolche Ausnahme unanwendbar, weil dieſe eigenthümliche Form der Legate nicht nur für uns verſchwunden, ſondern ſelbſt ſchon von Juſtinian geſetzlich aufgehoben und mit allen übrigen Legaten verſchmolzen worden iſt (b).

4. Das gerichtliche Geſtändniß iſt im heutigen Recht niemals eigentliches Surrogat eines Urtheils, ſo daß das Urtheil ſelbſt dadurch entbehrlich würde. Vielmehr muß immer noch ein Urtheil geſprochen werden, deſſen Inhalt jedoch mit dem Inhalt des Urtheils übereinſtimmen muß. So war es von jeher ſchon im Römiſchen Recht in den allermeiſten Fällen, nämlich nur mit Ausnahme des auf eine beſtimmte Geldſchuld gerichteten Geſtändniſſes (§ 303); ſeit der Aufhebung des ordo judiciorum allgemein (§ 304). In dieſer Rückſicht alſo iſt kein Unterſchied zwiſchen dem heutigen und dem Römiſchen Prozeß.

Außergerichtliches Geſtändniß heißt jede Erklärung einer ſtreitenden Partei, die über einen Gegenſtand dieſes Rechtsſtreites nicht vor dem Richter deſſelben abgegeben wird; wohin alſo nicht nur reine Privaterklärungen, in Briefen und Geſprächen niedergelegt, gehören, ſondern auch gerichtliche Erklärungen, die in einem anderen, als

(b) *L.* 1 *C. communia de leg.* (6. 43), § 2 *J. de leg.* (2. 20).

dem jetzt vorliegenden Rechtsstreite vorkommen. Dieses Geständniß ist ein reines Beweismittel, und kann einen vollständigen Beweis bilden, weil Jeder gegen sich selbst ein glaubwürdiges Zeugniß ablegen kann.

Als Beweismittel kann dieses Geständniß eigentlich nur auf reine Thatsachen gehen, nicht auf Rechtsverhältnisse. Da jedoch jedem Rechtsverhältniß Thatsachen zum Grunde liegen, und da oft die Sache eine so einfache Natur hat, daß nur die Thatsache streitig seyn kann, so kann auch die über ein Rechtsverhältniß abgegebene Erklärung nach Umständen den vollen Beweis einer Thatsache bilden (§ 304). So z. B. wenn Jemand in einem Briefe erklärt, daß er einem Anderen Hundert aus einem Darlehen oder Hundert aus einem Kaufvertrag *schuldig* sey, so liegt darin die unzweifelhafte Erklärung, daß er Hundert als Darlehen *empfangen*, oder Hundert als Kaufgeld *versprochen habe*, welches reine Thatsachen sind, die durch jenes außergerichtliche Geständniß vollständig bewiesen werden.

Das außergerichtliche Geständniß kann widerrufen und entkräftet werden dadurch, daß das Gegentheil der eingestandenen Thatsachen vollständig bewiesen wird. Einer Restitution bedarf es dazu nicht, also kommt es auch nicht auf den Beweis eines Irrthums, und auf die besonderen Eigenschaften dieses Irrthums an, eben weil jenes Geständniß keine verpflichtende Handlung ist, sondern ein reines Beweismittel.

Unsere Schriftsteller über den Prozeß haben diese wesentlichen Unterschiede beider Arten des Geständnisses großentheils verkannt, und daher die ganze Lehre vom Geständniß nicht auf befriedigende Weise behandelt (c).

Sehr merkwürdig ist die Art, in welcher die Preußische Prozeßgesetzgebung diesen Gegenstand behandelt (d). Allerdings folgt sie im Allgemeinen den herrschenden Ansichten der Schriftsteller des gemeinen Rechts, welche beide Arten des Geständnisses als reine Beweismittel und als Arten desselben Gattungsbegriffs behandeln. Aber die Behandlung im Einzelnen nähert sich auf merkwürdige Weise der richtigen Auffassung des Römischen Rechts.

Wenn der Beklagte den Anspruch des Klägers vollständig einräumt, so erfolgt kein Urtheil, sondern ein bloßes Agnitionsresolut, welches jedoch wie ein Urtheil publicirt wird, und zur Execution geeignet ist. — Dieses ist im Wesentlichen die ältere Römische Behandlung der confessio in jure.

(c) Danz Prozeß § 292—299, Martin § 128. Selbst Bethmann-Hollweg, der die Lehre im Ganzen sehr richtig auffaßt, scheint doch in diesem Punkt nicht ganz im Klaren zu seyn. S. 310 schreibt er zwar dem gerichtlichen Geständniß förmliche Wahrheit zu, aber S. 311 gestattet er doch dagegen den Beweis des bloßen Gegentheils der eingestandenen Thatsache, ohne Anfechtung wegen eines bewiesenen Irrthums.

(d) Allg. Gerichtsordnung I. 8 § 14—16, II. 10 § 27 bis § 82 und § 88b.

Jedes Geständniß kann widerrufen werden, aber es ist nicht genug, das Gegentheil des Eingestandenen zu beweisen, sondern es muß in allen Fällen der Irrthum nachgewiesen werden, welches nur dadurch geschehen kann, daß dessen Entstehung aus wahrscheinlichen Gründen dargethan wird. Jedem Widerruf steht die Vermuthung der Wahrheit des Eingestandenen entgegen, jedoch in verschiedenen Graden, das heißt, der Richter soll mit der Zulassung des Widerrufs mehr oder weniger schwierig und strenge seyn; am strengsten bei dem gerichtlichen Geständniß im gegenwärtigen Prozeß, weniger bei dem, in einem anderen Prozeß abgegebenen gerichtlichen Geständniß; am wenigsten bei dem außergerichtlichen. — Durch diese Strenge, und die damit verbundene Abstufung, wird die grundsätzlich unrichtige Behandlung der Sache großentheils wieder gut gemacht.

§. 309.

Surrogate des Urtheils. — II. Eid. — Einleitung.

Quellen:

Dig. XII. 2 (de jurejurando, sive voluntario, sive necessario, sive judiciali).

Cod. IV. 1 (de rebus creditis et jurejurando).

Paulus II. 1.

Schriftsteller:

Malblanc doctrina de jurejurando Nor. 1781. 8 (enthält viel praktisches Material).

Zimmern Rechtsgeschichte B. 3 § 127. 135. 150.

Puchta Curſus der Inſtitutionen, Auflage 2. B. 2 §. 173. 174.
(Beide für die geſchichtliche Seite der Lehre.)

Der Eid beſteht in der Betheuerung der Wahrheit irgend eines Ausſpruchs durch Beziehung auf einen Gegenſtand, der von dem Schwörenden als ein hoher, heiliger angeſehen wird (a). Dieſe Beziehung ſoll gegen Andere eine gewiſſe Sicherheit geben für die Wahrheit des Ausſpruchs, das heißt, für die Uebereinſtimmung deſſelben mit dem Bewußtſeyn des Schwörenden, indem vorausgeſetzt wird, daß die Ehrfurcht vor dem bezogenen Gegenſtand eine gleichzeitige Abweichung von der Wahrheit hindern werde (b).

Das auf dieſe Weiſe verſicherte Bewußtſeyn kann zweierlei Inhalt oder Richtung haben:

I. Richtung auf die Zukunft, wobei alſo der Eid Sicherheit geben ſoll für den Willen und die künftige That. Die Neueren nennen dieſen Eid, deſſen juriſtiſche Bedeutung

(a) Das R. R. läßt in der Auswahl dieſer Gegenſtände die größte Freiheit zu, z. B. per salutem tuam, per caput tuum vel filiorum, per genium principis, auch ſelbſt propriae superstitionis, nur nicht improbatae publice religionis; dieſer Eid iſt verboten und hat gar nicht die Wirkungen eines Eides. *L.* 5 *pr.* § 1. 3 *de jur.* (12. 2). — Für Chriſten giebt es keinen anderen Eid, als bei dem Namen Gottes, obgleich dabei verſchiedene Ausdrücke vorkommen können.

(b) Cicero de officiis III. 29. „Est enim jusjurandum affirmatio religiosa. Quod autem affirmate, *quasi Deo teste,* promiseris, id tenendum est".

nur eine obligatorische seyn kann, als Bestärkung eines Versprechens, jusjurandum promissorium.

II. Richtung auf die Vergangenheit, wobei der Eid Sicherheit geben soll für die Wahrheit des ausgesprochenen Denkens. Dieser Eid wird von den Neueren assertorium genannt. Seiner allgemeinen Natur nach geht derselbe auf reine Thatsachen, ist also bloßes Beweismittel, und gehört lediglich in die Prozeßlehre. So ist es in der That mit dem Zeugeneid, desgleichen mit dem Erfüllungseid und Reinigungseid der Parteien.

Eine eigenthümliche Natur aber hat im Römischen Recht der zugeschobene Eid (jusjurandum delatum) angenommen, welcher unter gewissen Umständen selbstständiges Mittel der Entscheidung eines Rechtsstreits, also Surrogat eines Urtheils werden kann, und daher ganz eigentlich hierher gehört.

Ueber die Anwendungen des promissorischen Eides soll hier, damit es an einer vollständigen Anschauung der ganzen Lehre nicht fehle, eine kurze Uebersicht gegeben werden. Die Fälle dieser Anwendung sind so verschiedenartig, daß das Obligationenrecht keine Gelegenheit darbietet, sie unter einem gemeinsamen Gesichtspunkte zusammen zu fassen.

Es kommt dieser Eid vor, sowohl im öffentlichen Recht, als im Privatrecht. Im öffentlichen Recht: der Eid der Soldaten, der Beamten, des Vormundes.

Im Privatrecht ſind die Anwendungen des Verſprechungseides nicht von Erheblichkeit; folgende kommen im Römiſchen Recht vor:

1. Die wichtigſte und eigenthümlichſte Anwendung findet ſich bei den Dienſten freigelaſſener Sklaven, die der Patron einklagen konnte, wenn ſie eidlich verſprochen waren. Das Bedürfniß und der Nutzen dieſer Rechtsform wäre klar, wenn der, noch im Sklavenſtand wegen künftiger Dienſte geleiſtete Eid dieſe Kraft gehabt hätte, weil der Sklave durch gewöhnliche Vertragsformen ſich nicht klagbar verpflichten konnte. Aber gerade in dieſem Fall ſollte auch ſelbſt der Eid keine Klage bewirken, ſondern nur, wenn derſelbe nach der Freilaſſung geleiſtet wurde; zu dieſer Zeit aber war auch die gewöhnliche Stipulation zuläſſig und von gleicher Wirkung, ſo daß man zwiſchen ihr und dem Eid die Wahl hatte. Der Gebrauch dieſer beſonderen Form iſt wohl daraus zu erklären, daß ein ſolcher Eid auch ſchon im Sklavenſtand üblich war, und dann zwar keine Klage bewirkte, wohl aber die religiöſe Verpflichtung mit ſich führte, denſelben Eid nach der Freilaſſung zu wiederholen, wodurch er dann klagbar wurde (c).

Daß das Recht aus dieſem Eid durch jede capitis deminutio des Patrons unterging, iſt ſchon oben bemerkt worden (d).

(c) *L. 7 de op. libert.* (38. 1), *de adqu. per adrog.* (3. 19). *L. 44 de lib. causa* (40. 12). S. o. B. 2 S. 81.

(d) Gajus III. § 83, § 1. *J.*

2. Die Bestätigung eines Rechtsgeschäfts durch den Eid soll dasselbe selbst dann unanfechtbar machen, wenn es ausserdem hätte angefochten werden können.

Dieser wichtige abstracte Grundsatz ist dem Römischen Recht selbst fremd. Nur die Restitution ist überhaupt und am meisten in Beziehung auf die Minderjährigen, einem sehr freien Ermessen der richterlichen Obrigkeit unterworfen (e), und so findet sich denn auch einmal ein kaiserliches Rescript, welches die von einem Minderjährigen bei dem Kaiser (wahrscheinlich in der Appellationsinstanz) nachgesuchte Restitution gegen eine Veräußerung unter andern aus dem Grunde abschlägt, weil der Vertrag durch Eid bestätigt sey, die Anfechtung also einen Meineid in sich schließen würde (f). Allein dieses Rescript, welches offenbar mit Rücksicht auf alle Umstände des einzelnen Falles erlassen war, kann unmöglich als abstracte Vorschrift für den Eid der Minderjährigen überhaupt angesehen werden, weder im Sinn seines Verfassers, noch im Sinn der Justinianischen Sammlung, in welche es aufgenommen wurde; es sollte hier blos zeigen, daß unter den Gründen der Verweigerung einer Restitution auch ein geleisteter Eid vorkommen könne. Dennoch ist jener Stelle im zwölften Jahrhundert von einer Partei der Juristen (im Widerspruch mit einer andern Partei) der erwähnte abstracte Sinn beigelegt worden, und der K. Friedrich I. hat diese falsche

(e) *L.* 3 *de in int. rest.* (4. 1), *L.* 24 § 1. 5 *de minor.* (4. 4).
(f) *L.* 1 *C. si adv. vend.* (2. 28).

Auslegung geſetzlich beſtätigt, welche ſeitdem als Beſtandtheil des Römiſchen Rechts anerkannt worden iſt (g). Päbſtliche Verordnungen haben dieſen Satz anerkannt und näher ausgebildet (h).

3. Die Anfechtung eines beſchworenen Vergleichs oder anderen Vertrags ſoll die Infamie zur Folge haben (i).

4. Wenn ein Zahlungsverſprechen per genium principis eidlich beſtärkt, dann aber nicht erfüllt wird, ſo ſoll darauf die Strafe körperlicher Züchtigung erfolgen (k).

5. Der Ausſpruch eines Schiedsrichters ſollte klagbar wirken, wenn das Compromiß eidlich beſtärkt wäre (l). Dieſe Beſtimmung iſt jedoch ſpäterhin wieder aufgehoben worden (m).

6. Endlich kann die Leiſtung eines Eides einem Rechtsgeſchäft als Bedingung hinzugefügt werden, in welchem Fall durch willkürliche Uebereinkunft der Eid, gleich jeder anderen Thatſache, zum Grund der Entſtehung oder auch der Aufhebung einer Verbindlichkeit gemacht werden kann (n). — Nur bei Erbeinſetzungen und Legaten iſt eine ſolche Bedingung (die conditio jurisjurandi) beſonders unterſagt, und da, wo ſie dennoch hinzugefügt wird, ſoll der letzte Wille

(g) Auth. Frid. *Sacramenta puberum* C. si adv. vend. (2. 28). Vgl. Savigny Rechtsgeſchichte B. 4 S. 162.

(h) *C.* 28 *X de jurej.* (2. 24), *C.* 2 *de pactis in VI.* (1. 18).

(i) *L.* 41 *C. de transact.* (2. 4).

(k) *L.* 13 §. 6 *de jurej.* (12. 2).

(l) *L.* 4. *C. de recept.* (2. 56).

(m) *Nov.* 82 *C.* 11, Auth. *Decernit. C. de recept.* (2. 56).

(n) *L.* 19. § 6 *de don.* (39. 5), *L.* 39 *de jurej.* (12. 2).

als unbedingt behandelt, und die zu beschwörende Handlung in einen Modus verwandelt werden (o).

Der zugeschobene Eid, von welchem allein nunmehr die Rede seyn wird, beruht auf dem Grundsatz, daß Jeder, der in einem zweifelhaften, streitigen Rechtsverhältnisse zu einem Anderen steht, die Feststellung desselben durch Eid bewirken kann. Aus dem Eide entsteht dann stets formelle Wahrheit, so wie aus dem gerichtlichen Geständniß (§ 303). Unter gewissen Bedingungen kann daraus sogar die selbstständige Entscheidung eines Streites hervorgehen, in welchem Fall ein richterliches Urtheil entbehrlich wird, und der Eid selbst als Surrogat des Urtheils erscheint.

Wäre dieser Grundsatz so gemeint, daß jede Partei verlangen könnte, durch ihren eigenen Eid den Rechtsstreit zu entscheiden, so wäre dieses Institut für die Rechtssicherheit höchst gefährlich; in vielen Fällen würde Alles von dem Zufall abhangen, welcher von Beiden sich zuerst zum Eide meldete. Es soll daher keine Partei befugt seyn, sich selbst des Eides willkührlich zu bemächtigen (p). Jener Grundsatz aber hat vielmehr die Bedeutung, daß Jeder seinem Gegner den Eid zuschieben kann, und daß der so

(o) S. o. B. 3 S. 185—190.

(p) *L.* 3 *pr. de jurej.* (12.2) „ . . nam si reus juravit, nemine ei jusjurandum deferente, Praetor id jusjurandum non tuebitur, sibi enim juravit; alioquin facillimus quisque ad jusjurandum decurrens, nemine sibi deferente jusjurandum, oneribus actionum se liberabit".

veranlaßte Eid die Kraft einer Entscheidung des Streites haben soll. Der Sinn dieses Rechtsinstituts beruht auf der Voraussetzung, daß eine Partei in die sittlich-religiöse Gesinnung der Gegenpartei das Vertrauen setzt, diese werde nicht schwören, wenn sie nicht von ihrem Rechte, also von der Wahrheit ihrer Behauptungen, überzeugt sey. Der Eid wird also meist zugeschoben, nicht damit der Gegner ihn leiste, sondern in der Erwartung und mit dem Wunsche, daß er ihn nicht leisten, vielmehr durch die Scheu vor dem Meineide zum freiwilligen Nachgeben sich bewegen lassen werde.

Dieser Hergang nun läßt sich denken innerhalb der folgenden drei verschiedenen Zustände.

1. Ehe noch ein Rechtsstreit angefangen hat (außergerichtlicher Eid).
2. In einem Rechtsstreit, und zwar vor dem Prätor (in jure).
3. In einem Rechtsstreit, und zwar vor dem Juder (in judicio).

In der Hauptsache, nämlich in der, aus dem Eide hervorgehenden, formellen Wahrheit, stehen diese drei Fälle nach Römischem Recht einander gleich. Beide letzte Fälle aber haben noch folgende Eigenthümlichkeiten.

Im zweiten und dritten Fall wird durch die bloße Zuschiebung für den Gegner eine gewisse Nothwendigkeit, ein Zwang, herbeigeführt, wovon im ersten Fall nicht die Rede ist.

Im zweiten Fall können zugleich noch besondere und stärkere Wirkungen eintreten.

Außer der wirklichen Ableistung des Eides aber kommen noch folgende erhebliche Ereignisse in Betracht:

A. Der Erlaß des Eides (remissio), nachdem der Gegner ihn angenommen hat, und zu schwören bereit gewesen ist.

B. Die Zurückschiebung des Eides (relatio). Durch diese wird dasselbe Verhältniß, wie durch die ursprüngliche Zuschiebung, mit allen seinen Folgen, herbeigeführt, nur mit umgekehrter Stellung beider Parteien.

Die hier übersichtlich aufgestellten Sätze sollen nunmehr einzeln entwickelt und aus unseren Rechtsquellen nachgewiesen werden, wobei folgender Gang der Untersuchung eingeschlagen werden wird:

A. Römisches Recht.
   I. Zuschiebung.
   II. Ableistung.
   III. Möglicher Inhalt des Eides.
   IV. Form des Eides.
   V. Erlaß.
   VI. Gemeinsame Wirkungen.
   VII. Besondere Wirkungen, je nach der verschiedenen Lage des Streites.

B. Heutiges Recht.

§. 310.

Surrogate des Urtheils. — II. Eid. — Zuſchiebung, Ableiſtung, Inhalt, Form, Erlaß des zugeſchobenen Eides.

I. Zuſchiebung des Eides.

Nur durch dieſe völlig freie Handlung einer Partei kann die Reihe von Wirkungen hervorgerufen werden, die das Weſen dieſes Rechtsinſtituts ausmacht. Der einſeitige Eid alſo, ohne vorhergehende Zuſchiebung, iſt völlig wirkungslos (§ 309. p).

Die Zuſchiebung iſt möglich in und außer einem Rechtsſtreit. Sie kann geſchehen ſowohl von dem Kläger (d. h. der es ſchon iſt, oder künftig werden kann), als von dem Beklagten. Wenn Beide gleichzeitig damit auftreten, ſoll der Kläger den Vorzug haben (a); dieſe Regel iſt aber ohne praktiſche Wichtigkeit, weil ohnehin Jeder den zugeſchobenen Eid zurückſchieben kann, welche Handlung mit der erſten Zuſchiebung gleiche Wirkung hat (§ 312. c. g.).

Die in der Zuſchiebung liegende freie Handlung iſt nicht ohne Gefahr, weil durch ſie die Entſcheidung der Sache in die Macht des Gegners gelegt wird; ſie hat alſo eine ähnliche Natur, wie eine Veräußerung (deteriorem facit conditionem). Daher iſt dazu ein Unmündiger nicht ohne ſeinen Vormund fähig (b); der Minderjährige iſt

(a) Paulus II. 1 §. 2. (b) *L.* 17 § 1 *de jurej.* (12. 2).

fähig, kann aber Restitution dagegen erhalten (c); der erklärte Verschwender ist ganz unfähig (d). — Ein zahlungsunfähiger Schuldner kann diese Handlung nicht vornehmen zum Nachtheil seiner Gläubiger (e). — Jeder Tutor oder Curator der Partei ist dazu fähig; ein Procurator nur, wenn seine Vollmacht auf das ganze Vermögen, oder auf diese Handlung besonders, oder in rem suam gerichtet ist (f). — Der Sklave oder der Sohn der Partei ist dazu nur fähig, wenn der Streit auf sein Peculium sich bezieht, und zugleich dessen freie Verwaltung ihm anvertraut ist (g).

II. Ableistung des Eides.

Diese freie Handlung kann keinen Nachtheil bringen, nur Vortheil, und ist daher einem Erwerbe zu vergleichen (meliorem facit conditionem).

Daher ist dazu Jeder fähig, ohne Rücksicht auf sein Alter, auch der Unmündige; denn der Gegner hat in die mit dem unmündigen Alter verbundene Gefahr eingewilligt (h).

(c) *L.* 9 § 4 *eod.* — *L.* 4 *C. eod.* (4. 1), die aus der angeführten Stelle der Digesten erklärt werden muß; pupillus soll also hier so viel heißen als: *quondam* pupillus.

(d) *L.* 35 §. 1 *eod.*

(e) *L.* 9 § 5 *eod.*

(f) *L.* 17 § 2. 3, *L.* 18. 19. 34 § 1. *L.* 35 *pr. eod.*, *L.* 7 *C. eod.* (4. 1).

(g) *L.* 20. 21. 22 *eod.*

(h) *L.* 26 *pr. L.* 42 *pr. eod.* — Scheinbar widerspricht *L.* 34 § 2 *eod.* „pupillo non defertur jusjurandum.“ Das heißt aber nur so viel, daß der Unmündige nicht so, wie jeder Andere, gezwungen ist, sich auf den zugeschobenen Eid einzulassen.

Der Procurator der Partei, ſo wie der Defenſor ohne Auftrag, können den ihnen zugeſchobenen Eid ableiſten, ſind aber nicht zur Einlaſſung genöthigt (i).

Wegen eines Rechtsſtreits, der das Peculium betrifft, kann der Sklave oder Sohn ſchwören, auch wenn er keine freie Verwaltung hat (k). Eben ſo kann deshalb der Vater ſchwören, daß der Sohn Nichts ſchuldig ſey (l).

Wollen aber dieſe Perſonen nicht ſelbſt ſchwören, ſondern den Eid zurück ſchieben, ſo treten dabei wieder dieſelben Beſchränkungen ein, wie bei der erſten Zuſchiebung (m).

Die bloße Annahme des Eides übrigens, ohne wirkliche Ableiſtung, giebt kein unwiderrufliches Recht auf die Ableiſtung; vielmehr kann die Zuſchiebung willkürlich zurückgenommen werden bis zum Urtheil (n).

Sehr beſtritten iſt die Frage, wer den Eid abzuleiſten hat, wenn derſelbe einer juriſtiſchen Perſon zugeſchoben wird, da dieſe nur ein fingirtes Daſeyn, und nicht die bei dem Eide vorausgeſetzten geiſtigen Eigenſchaften eines denkenden und wollenden Menſchen hat. Keinen Zweifel kann es haben, daß der Procurator einer juriſtiſchen Perſon, wenn er ſich dazu entſchließt, den Eid gültig ableiſten kann (Note i). Dieſes ſetzt aber voraus, daß der Gegner gerade dieſem Procurator den Eid zuſchiebt, ihm alſo das Ver-

(i) *L.* 9 § 6. *L.* 42 § 2. *L.* 34 § 3 *eod.*
(k) *L.* 23. 24. 25 *eod.*
(l) *L.* 26 § 1 *eod.*
(m) *L.* 24 *eod.*
(n) *L.* 11. 12 *pr. C. eod.* (4. 1).

trauen beweist, welches das Wesen des Eides ausmacht; dazu wird jedoch häufig keine Veranlassung seyn, weil der Procurator von den thatsächlichen Verhältnissen oft keine Kenntniß haben wird. Nach dem Römischen Recht sind eigentlich die Vorsteher der juristischen Person, als Verwalter ihrer Rechte zu dem Eide berufen und befugt, so daß es der Gegner zu erwägen hat, ob er diesen Personen so viel Zutrauen schenken will, um ihnen den Eid zuzuschieben. Nach der überwiegenden heutigen Praxis ist der Eid von einigen einzelnen Mitgliedern der juristischen Person zu leisten, und zwar nimmt man am consequentesten an, daß diese Mitglieder durch die freie Auswahl von Seiten des Gegners bestimmt werden (o).

III. Der mögliche Inhalt des zugeschobenen Eides verdient eine besonders genaue Betrachtung. Zuerst ist zu bemerken, daß der Eid stets gerichtet wird auf das Gegentheil der von dem Zuschiebenden aufgestellten Behauptung. Wenn also bei einer Schuldklage der Kläger den Eid zuschiebt, so geht der Eid auf das Nichtdaseyn der Schuld; wenn der Beklagte zuschiebt, auf das Daseyn derselben. Diese Fassung ist die Folge davon, daß der Eid zugeschoben wird in der Erwartung und mit dem Wunsche, daß er nicht abgeleistet werde (§ 309). Auf gleiche Weise wurden im alten Prozeß die Exceptionen vom Beklagten so gefaßt, daß sie das Gegentheil seiner Behauptuug ausdrückten (p).

Uebrigens konnte nach Römischem Recht der Eid sowohl

(o) S. o. B. 2 S. 227. (p) Gajus IV § 119.

auf ein Rechtsverhältniß, als auf eine Thatſache gerichtet ſeyn.

a. Die Richtung auf ein Rechtsverhältniß wird im Römiſchen Recht als der regelmäßige und gewöhnliche Fall behandelt. Dabei liegt zum Grunde der Gedanke einer vertragsmäßigen Anerkennung des Daſeyns oder Nichtdaſeyns dieſes Verhältniſſes. Da demſelben aber jederzeit Thatſachen zum Grunde liegen, ſo werden ſtets auch dieſe durch den Eid mittelbar feſtgeſtellt; ja oft hat der Streit eine ſo einfache Natur, daß beide Richtungen des Eides völlig zuſammen fallen und nur in Worten verſchieden ſind.

Uebrigens kann der Eid vorkommen bei allen Arten von Rechtsverhältniſſen und Klagen (q). Folgende Fälle werden in unſeren Rechtsquellen namentlich angeführt:

Ueber das Daſeyn oder Nichtdaſeyn eines Eigenthums oder Erbrechts (r).

Ueber das Daſeyn oder Nichtdaſeyn einer Schuldforderung (s).

Ueber die väterliche oder die Herren-Gewalt (t).

Ueber das Patronatsrecht (u).

Ueber Abſtammung und Ingenuität eines Menſchen (v).

b. Die Richtung auf eine bloße Thatſache wird bei dem zugeſchobenen Eide ſeltener erwähnt, und kann nicht

(q) *L.* 3 § 1. *L.* 34 *pr. de jurej.* (12. 2).
(r) *L.* 9 § 7. *L.* 11 *pr.* § 1. *eod.*
(s) *L.* 3 *pr.* 7 *pr.* 9 *pr. eod.*
(t) *L.* 3 § 2 *eod.*
(u) *L.* 13 *pr. L.* 30 § 4 *eod.*
(v) *L.* 6 *C. eod.* (4. 1).

als der eigentliche Zweck des Instituts nach Römischem Recht angesehen werden. Sie kommt in folgenden Fällen vor, in welchen die Thatsache augenscheinlich entscheidend ist über das Daseyn eines Rechtsverhältnisses:

Der Beklagte habe einen Diebstahl oder Raub nicht begangen (w).

Verkauf einer Sache um bestimmten Preis (x).

Abschluß einer Societät (y).

Uebergabe einer Sache als Pfand oder als Brautgabe (z).

Schwangerschaft oder Nichtschwangerschaft einer Frau (aa).

Gehaltlosigkeit eines Peculium (bb).

Die Thatsache, daß bereits ein Eid über eine streitige Frage geschworen sey (cc).

Beide hier zusammengestellte Fälle entsprechen ungefähr dem Gegensatz der formula in jus und in factum concepta, doch nicht genau und vollständig, weil die Fassung der Klagformeln allgemein bestimmt war, die der Eidesformeln von der Willkühr der Partei abhing, die den Eid zuschob (dd).

IV. Ueber die Form des zugeschobenen Eides ist schon

(w) *L.* 13 § 2. *L.* 28 § 5 *eod.* *L.* 11 § 1 *rer. amot.* (25. 2).
(x) *L.* 13 § 3 *de jurej.* (12. 2).
(y) *L.* 13 § 4 *eod.*
(z) *L.* 13 § 5 *eod.*
(aa) *L.* 3 § 3 *eod.*
(bb) *L.* 26 § 1 *eod.*
(cc) *L.* 29 *eod.*
(dd) Buchta Institutionen B. 2 § 173. f.

bemerkt worden, daß das Römiſche Recht die verſchiedenſten und willkürlichſten Betheuerungsformeln zuließ (§ 309. a). Weſentlich war nur die wörtliche Uebereinſtimmung des abgeleiſteten Eides mit der in der Zuſchiebung ausgedrückten Formel. Außerdem war der Eid wirkungslos, und mußte in richtiger Form wiederholt werden (ee).

Ueber den Ort der Eidesleiſtung wird nur erwähnt, daß der vor dem Prätor zugeſchobene Eid in der Regel vor dem Tribunal geſchworen werden mußte; nur bei Kranken und bei ſehr vornehmen Perſonen wurde die Ausnahme geſtattet, daß ſie den Eid in ihrer Wohnung vor einem Abgeordneten leiſten durften (ff).

V. Der Erlaß des Eides (remissio) von Seiten des Zuſchiebenden hat dieſelbe Wirkung, wie die wirkliche Leiſtung (gg). Der Sinn derſelben iſt der, daß der Zuſchiebende in der bloßen Bereitſchaft des Gegners eben ſo, wie in dem wirklichen Eid, einen genügenden Ausdruck gewiſſenhafter Ueberzeugung anerkennen will. Daher wird vorausgeſetzt, daß der Gegner auch wirklich den Eid ſogleich angenommen habe; hat er Dieſes Anfangs nicht gethan, ſondern erſt ſpäter ſich dazu entſchloſſen, der Zuſchiebende will aber nun nicht die Zuſchiebung wiederholen, ſo ſoll dieſe Weigerung nicht als Erlaß angeſehen werden (hh).

(ee) *L.* 3 § 4 *L.* 4 *L.* 5 *pr.* *L.* 33 *eod.* — Wenn die Abfaſſung der Eidesformel zweifelhaft oder ſtreitig war, ſo hatte die Richterbehörde darüber zu entſcheiden. *L.* 34 § 5. 8 *eod.*

(ff) *L.* 15 *eod.* Vgl. *L.* 12 § 5 *C. eod.*

(gg) *L.* 6 *L.* 9 § 1 *eod.*

(hh) *L.* 6 *L.* 9 § 1 *eod.*

Der Erlaß kann in Gegenwart oder Abwesenheit des Gegners mündlich oder schriftlich erklärt werden, und ist immer gleich wirksam, selbst wenn der Gegner noch Nichts davon erfahren hat (ii).

Der Erlaß hat, eben so, wie die Zuschiebung, eine der Veräußerung ähnliche Natur, und ist daher an dieselben Bedingungen der Handlungsfähigkeit gebunden, wie die Zuschiebung selbst (kk).

§. 311.

Surrogate des Urtheils. — II. Eid. — Gemeinsame Wirkungen.

VI. Die Wirkungen des zugeschobenen und wirklich abgeleisteten (a) oder erlassenen Eides sind sehr mannichfaltiger Art, lassen sich aber auf die gemeinsame Grundlage zurückführen, daß der Eid förmliche Wahrheit, d. h. Fiction der Wahrheit, bildet, in welcher Hinsicht er ganz auf gleicher Linie steht mit dem gerichtlichen Geständniß (§ 303) und dem Urtheil (§ 280). Diese förmliche Wahrheit ist gleichmäßig anzuerkennen, es mag der Eid geschworen seyn über ein Rechtsverhältniß oder über eine Thatsache (§ 310). Die alten Juristen drücken dieselbe so aus, daß sie sagen, nach geschwornem Eid dürfe nichts

(ii) *L.* 41 *eod.*

(kk) *L.* 32 *eod.*

(a) Die Römer bezeichnen den geleisteten Eid durch die Ausdrücke: *praestitum* oder *datum* jusjurandum. *L.* 9 *pr.* § 1 *de jurej.* (12.2).

Anderes mehr geprüft werden, als allein die Thatſache des Eides ſelbſt, auf die vorhergehende Lage der Sache ſey nicht mehr zurück zu gehen (b). Natürliche Folgen dieſes Satzes ſind die, daß eine aus dem Eid etwa hervorgehende neue Klage in *factum* actio genannt wird (c), daß über die Thatſache des Eides ſelbſt, wenn ſie bezweifelt wird, ein neuer Eid zugeſchoben werden kann (d), ſo wie, daß unter mehreren einander widerſprechenden Eiden der letzte allein Gültigkeit hat (e), weil durch ihn die ganze Vergangenheit, alſo auch die Kraft des früheren Eides, abſorbirt iſt. — Der Eid hat daher eine die Rechtsverhältniſſe ſelbſt umbildende Kraft, und wird in dieſer Hinſicht gleichgeſtellt bald mit der Zahlung, bald mit der Acceptilation, der Novation und Delegation, dem Conſtitutum (f).

Die Wirkung aber beſchränkt ſich auf die Parteien, unter welchen die Zuſchiebung und Ableiſtung vorgegangen iſt, ſo daß fremde Perſonen dadurch weder Rechte erlangen, noch verpflichtet werden (g). Mit den Parteien ſelbſt aber

(b) *L.* 5 § 2 *eod.* „non aliud *quaeritur* quam an juratum sit". Eben ſo *L.* 9 § 1. *L.* 28 § 10. *L.* 29. *L.* 30 *pr. eod.*, §. 11 *J. de act.* (4. 6). Gerade hierin ſtehen gleich: das Urtheil, das Geſtändniß, der Eid. *L.* 56 *de re jud.* (42. 1).

(c) *L.* 11 § 1 *de jur.* (12. 2), *L.* 8 *C. eod.* (4. 1).

(d) *L.* 29 *eod.*

(e) *L.* 28 § 10 *eod.*

(f) *L.* 21. *L.* 27. *L.* 28 § 1. *L.* 35 § 1. *eod.* — *L.* 40 *eod.* — *L.* 26 § 2 *eod.* — *L.* 25 § 1 *de pec. const.* (13. 5).

(g) *L.* 3 § 3. *L.* 9 § 7. *L.* 10 *L.* 11 § 3. *L.* 12 *de jur.* (12. 2), *L.* 7 § 7 *de publ.* (6. 2).

stehen in dieser Hinsicht ganz gleich die Rechtsnachfolger derselben: Erben, Singularsuccessoren, Bürgen (h).

Zur genaueren Einsicht in diese Wirkung ist es nöthig zu erwägen, daß der Eid eine zusammengesetzte juristische Natur hat, indem er zugleich als Vertrag anzusehen ist, und als eine bindende Prozeßhandlung (i).

Der Eid beruht also erstlich auf einem wahren Vertrag und zwar auf einem Vergleich, indem beide Theile darüber *einig* geworden sind, daß ihr Streit auf diesem Wege entschieden werde (k). An diesem Einverständniß ist selbst in den Fällen nicht zu zweifeln, worin der Eid als ein nothwendiger bezeichnet wird. Denn wenn auch die Zuschiebung dem Gegner nicht erwünscht war, und deshalb ein indirecter Zwang gegen ihn angewendet wird, so hat er sich doch durch die wirkliche Ableistung darin gefügt, und diese ist unzweifelhaft als eine freie Handlung anzusehen.

Zweitens aber hat der Eid zugleich die Natur einer bindenden Prozeßhandlung (l), und zwar sowohl einer Litiscontestation, als eines rechtskräftigen Urtheils.

(h) *L.* 7. 8. 9 § 7, 28 § 1—3, 42 *pr.* § 1—3 *de jur.* (12. 2). — Der Eid in einer popularis actio wirkt, gerade wie das Urtheil, auf dritte Personen, insofern nicht eine Collusion erwiesen werden kann. *L.* 30 § 3 *eod.* — Wird in Folge eines Eides eine Verurtheilung in einer entehrenden Klage ausgesprochen, so wird der Verurtheilte ehrlos, auch allen fremden Personen gegenüber. *L.* 9 §. 2 *eod.* Das ist aber nicht die Folge des Eides, sondern des Urtheils.

(i) *L.* 26 § 2 *eod.* „... proficiscitur *ex conventione*, quamvis habeat *et instar judicii*".

(k) *L.* 2. *L.* 26 § 2. *L.* 35 § 1 *eod.* *L.* 21 *de dolo* (4. 3).

(l) *L.* 26 § 2 *eod.* (Note i). *L.* 35 § 1. 2. *L.* 42 § 3 *eod.*, *L.* 8 *C. eod.*

Er hat die Natur einer Litisconteſtation (m), in einem doppelten Sinn: er unterbricht die Klagverjährung gleich der Litisconteſtation (n), und macht dieſelbe zuweilen entbehrlich, iſt alſo Surrogat derſelben, welches noch näher erklärt werden wird.

Er wirkt aber auch in ähnlicher Weiſe wie ein rechtskräftiges Urtheil (o); ja es wird ſogar geſagt, daß er größere Kraft habe, als dieſes (p). Das hat die Bedeutung, daß die Rechtskraft ein rein poſitives, dem jus gentium fremdes Inſtitut iſt, anſtatt daß der Eid, vermöge ſeiner Vertragsnatur (Note k), dem jus gentium vollſtändig angehört (q). Hieran knüpft ſich die Wirkung, daß durch den gegen eine Obligation abgeleiſteten Eid auch ſelbſt der naturale Beſtandtheil dieſer Obligation (nicht blos die Klagbarkeit) zerſtört wird, ſo daß Pfänder frei werden, und eine ſpätere Zahlung als Indebitum zurückgefordert werden kann (r).

(m) „... hoc jusjurandum in locum litis contestatae succedit".

(n) *L.* 9 § 3 *de jur.* (12. 2), nämlich nach dem älteren Recht, in welchem die L. C. als regelmäßige Unterbrechung erfordert wurde. S. o. B. 5. S. 316.

(o) *L.* 1 *quarum rer. actio* (44. 5) „... vicem rei judicatae obtinet." Dieſes zeigt ſich in der für beide gemeinſamen förmlichen Wahrheit, und in der in factum actio, ſ. o. Noten b. c. Vgl. auch *L.* 11 § 3. *L.* 12 *de jur.* (12. 2).

(p) *L.* 2 *eod.* „*majoremque* habet auctoritatem, quam res judicata."

(q) § 4 *J. de except.* (4. 13) „... quia *turpium est*, de perjurio quaeri, defenditur per exceptionem jurisjurandi". Derſelbe Ausdruck ſteht in den vorhergehenden drei §§, fehlt aber in dem folgenden (§ 5 *eod.*), der von der exc. rei jud. handelt.

(r) *L.* 40. 42 *pr. de jur.* (12. 2), *L.* 43 *de cond. ind.*

Eine praktisch noch wichtigere Folge die sich daran knüpft, besteht darin, daß die Wirkung des Eides selbst durch die Behauptung des Meineides nicht soll entkräftet werden können (s), und daß insbesondere auf diese Behauptung keine doli actio, exceptio, replicatio gegründet werden darf (t). — Das neueste Römische Recht gestattet von dieser Regel nur die einzige Ausnahme, wenn der Anspruch auf ein Legat oder Fideicommiß durch den Eid des Legatars begründet, nachher aber der Meineid nachgewiesen wird (u). Ein deutsches Reichsgesetz dagegen verordnet, daß der vor dem Strafrichter erwiesene Eid stets auch die Verpflichtung zum Schadensersatz mit sich führen soll (v). — Die etwas auffallende Vorschrift des Römischen Rechts hat offenbar die Bedeutung, daß der Zuschiebende die Entscheidung der Sache von des Gegners Eid, und selbst auf die Gefahr des Meineides hin (die ihm ja nicht verborgen seyn konnte), abhängig machen wollte.

Zum Schutz der hier aufgestellten Wirkungen des Eides werden alle Arten von Rechtsmitteln gegeben, die nach den Umständen erforderlich seyn können.

(12. 6), *L.* 95 § 4 *de solut.* (46. 3).

(s) *L.* 31 *in f. de jur.* (12. 2), *L.* 1 *C. eod.*, vgl. oben Note q.

(t) *L.* 21. 22 *de dolo* (4. 3), *L.* 5 *de except.* (44. 1).

(u) *L.* 13 *C. de jur.* (4. 1). Auf solche gesetzliche Ausnahmen deutet in allgemeinen Worten *L.* 1 *C. eod.*, welches jedoch eine Justinianische Interpolation zu seyn scheint, da keine andere Ausnahme dieser Art vorkommt.

(v) Const. crim. Carol. art. 197.

Iſt alſo eine Klage nöthig, ſo wird eine ſolche gegeben (w); Dieſes gilt namentlich auch von dem außergerichtlichen Eide (x). Eben ſo wenn eine Exception erforderlich iſt, nämlich wenn der Kläger die Thatſache eines vom Beklagten geleiſteten Eides beſtreitet, weil außerdem die Klage ſogleich, und ohne Exception, abgeſchlagen wird (y).

Jede Wirkung des Eides aber, und jedes zum Schutz derſelben anzuwendende Rechtsmittel, muß ſich genau anſchließen an den beſonderen Inhalt des geſchworenen Eides, und darf über dieſen Inhalt nicht hinausgehen. — Schwört alſo Jemand, daß eine Sache oder eine Erbſchaft ihm gehöre, ſo kann er darauf ſowohl eine Klage, als eine Einrede gründen (z). — Schwört er, daß eine Sache

(w) *L.* 9 § 1. 6 *de jur.* (12.2), und zwar eine actio in factum, ſ. o. Note c.

(x) *L.* 28 § 10 *eod.*

(y) *L.* 3 *pr. L.* 7, *L.* 9 *pr.* § 1 *eod.*

(z) *L.* 9 § 7. *L.* 11 § 1. 3. *eod.* Höchſt beſtritten iſt die Auslegung der *L.* 13 § 1 *eod.* „Julianus ait, eum, qui juravit fundum suum esse, post l. t. praescriptionem etiam, utilem actionem habere". Viele wollen damit beweiſen, daß zur Zeit der alten Juriſten die l. t. praescr. zugleich ein Klagrecht gegeben habe. Sie nehmen alſo an, der Schwörende und der Beſitzer, der die l. t. praescriptio erworben habe, ſeyen in dieſer Stelle als eine und dieſelbe Perſon gedacht, und dieſer Perſon werde nun ein Klagrecht zugeſchrieben für den Fall, daß ſie ſpäter den Beſitz wieder verliere. Dieſe Erklärung aber iſt gewiß zu verwerfen. Denn wenn die l. t. praescr. die Kraft hatte, ein Klagrecht zu begründen (welches eben durch dieſe Stelle bewieſen werden ſoll), wozu bedurfte es dann noch daneben der Erwähnung des Eides? Umgekehrt aber iſt es von dem Eide für ſich allein unzweifelhaft, daß er ein Klagrecht erzeugte (Note w); wozu bedurfte es daneben noch der Erwähnung der l. t. praescr.? — Die richtige Erklärung der Stelle beruht vielmehr auf folgender Vorausſetzung. Die Eigenthumsklage wird gegen einen Beſitzer angeſtellt, der das Eigenthum des Klägers verneint,

dem Gegner nicht gehöre, so gewinnt er dadurch nur eine Einrede (aa). Im Einzelnen treten dann dieselben praktischen Folgen ein, wie sie den Klagen aus Eigenthum, Erbrecht, Schuldforderungen u. s. w. angemessen sind, wenn diese Klagen, unabhängig von einem Eide, angestellt und begründet werden (bb).

Die durch den Eid herbeigeführte Entscheidung eines Rechtsstreites kann auch noch von Wichtigkeit seyn, wenn nicht mehr von diesem Rechtsstreite selbst, sondern von einem künftigen, mit jenem identischen oder verwandten, die Rede ist. Es ist derselbe Einfluß, von welchem schon oben bei dem rechtskräftigen Urtheil ausführlich die Rede gewesen ist, und es gelten für den Eid hierin dieselben Regeln, welche dort entwickelt worden sind (cc). — Auch bei dem Eide kommt Alles darauf an, daß in beiden Sachen eadem quaestio zum Grunde liege, wenn der in der früheren Sache geleistete Eid auf die Entscheidung der späteren Einfluß

daneben aber Anspruch auf eine l. t. praescr. hat. Anstatt diese vorzuschützen, und vor Allem den Beweis des Eigenthums zu erwarten, wählt er den anderen Weg, daß er dem Kläger den Eid zuschiebt. Wenn nun der Kläger den zugeschobenen Eid schwört, so soll er dadurch eine Klage mit sicherem Erfolg (*utilem* actionem) haben, ungeachtet der Beklagte eine l. t. praescr. hätte vorschützen können (post l. t. praescr. *etiam*). Denn in der Eideszuschiebung über das Eigenthum (ohne Zusatz und Vorbehalt) liegt dann ein Verzicht auf die l. t. pr., weil der Beklagte durch diese Eideszuschiebung die vollständige Entscheidung über die ganze Streitsache in die Hand des Klägers gelegt hat.

(aa) *L.* 11 *pr. eod. L.* 7 § 7 *de publ.* (6. 2).

(bb) *L.* 11 § 1. 2. 3. *L.* 30 § 1. 2. 5 *L.* 36. *L.* 42 *pr.* § 1 *de jur.* (12. 2).

(cc) S. o. B. 6 S. 414. 415 und § 297. d §. 299. e.

haben ſoll (dd). — Auch bei dem Eide, wie bei dem Urtheil, ſind folgende Umſtände für den Einfluß auf den ſpäteren Rechtsſtreit gleichgültig:

1. die Verſchiedenheit des äußeren Gegenſtandes (ee).
2. Die Verſchiedenheit der Klage (ff). Wer alſo, bei einer angeſtellten furti actio, ſchwört, daß er nicht geſtohlen habe, iſt dadurch auch gegen eine künftige condictio furtiva geſichert, und umgekehrt.
3. Die Verſchiedenheit der Parteirollen, ſo daß der geleiſtete Eid künftig eben ſowohl für den Schwörenden bindend iſt, als für ſeinen Gegner (gg).

§. 312.

Surrogate des Urtheils. — II. Eid. — Beſondere Wirkungen je nach der verſchiedenen Lage des Streites.

VIII. Beſondere Wirkungen.

Es iſt ſchon oben bemerkt worden, daß die Zuſchiebung des Eides während drei verſchiedener Zuſtände des Streites vorkommen kann: außergerichtlich, in jure, in judicio (§ 309). Es iſt nun noch feſtzuſtellen, welche eigenthümliche Wirkungen der Zuſchiebung in jedem dieſer drei Fälle anzunehmen ſind. Voraus muß bemerkt werden, daß die, im vorhergehenden Paragraphen angegebenen, gemeinſamen Wirkungen von dieſer Verſchiedenheit unabhängig ſind.

(dd) *L.* 28 § 4. 7 *eod.*
(ee) *L.* 11 §. 3. 7 *eod.*
(ff) *L.* 28 § 4. 6—9. *L.* 13 § 2. *L.* 30 § 4 *eod.*
(gg) *L.* 13 § 3. 5 *eod.*

Jene Wirkungen beziehen sich insgesammt auf den Fall der wirklichen Ableistung des zugeschobenen Eides; darauf beruht die förmliche Wahrheit; ferner die dem Eide zukommende doppelte Eigenschaft, als eines Vertrages, und als einer entscheidenden Prozeßhandlung, endlich der Schutz der förmlichen Wahrheit durch jedes erforderliche Rechtsmittel, Klage oder Einrede. Die nunmehr zu untersuchenden Verschiedenheiten beziehen sich demnach besonders auf die, zwischen der Zuschiebung und Ableistung in der Mitte liegenden Folgen.

1. Außergerichtliche Zuschiebung.

Das Eigenthümliche dieses Falles besteht darin, daß Alles in der freiesten Willkür des Gegners steht; will er den Eid annehmen, will er ihn ausdrücklich verweigern, oder mit Stillschweigen übergehen, so steht Dieses in seiner Macht, und er hat weder unmittelbaren, noch indirecten Zwang zu besorgen (a). Auch fehlt es zu einem solchen Zwang, wenigstens für den Kläger, an jedem Bedürfniß, da er in jedem Augenblick die Klage vor Gericht bringen und dann durch den nothwendigen Eid unterstützen kann.

Wird also der in dieser Lage zugeschobene Eid nicht angenommen, so ist es so gut, als wäre er gar nicht zugeschoben worden (b). Von einem Zurückschieben dieses

(a) Von der einzigen Stelle, die auf einen indirekten Zwang bezogen werden könnte (*L.* 38 *de jur.* 12. 2) wird unten gezeigt werden, daß sie nicht von der außergerichtlichen Zuschiebung zu verstehen ist (§ 313. f).

(b) *L.* 5 § 4 *eod.*

Eides kann gar nicht die Rede ſeyn (c); darin würde nur der Verſuch einer umgekehrten Zuſchiebung liegen, welche wiederum dem Gegner volle Freiheit laſſen würde, dieſen zuletzt zugeſchobenen Eid anzunehmen oder zu verweigern.

2. Zuſchiebung vor dem Prätor (in jure).

Wenn in dieſer Lage des Streites der Kläger oder der Beklagte den Eid zuſchiebt, ſo ſteht es nicht in der Willkür des Gegners, ob er ſich darauf einlaſſen will, vielmehr wird er dazu gezwungen (d). Dieſer Zwang aber beſteht nicht etwa in einer Strafandrohung, ſondern in der Wahl zwiſchen folgenden Entſchließungen. Er muß:

entweder nachgeben, alſo thun, was der Gegner verlangt,

oder ſchwören,

oder den Eid dem Gegner zurück ſchieben (referre).

Zu den beiden letzten Maßregeln giebt es keinen eigentlichen Zwang, wohl aber zu der erſten; darauf alſo wird dann der wahre Zwang gerichtet (e), in verſchiedenen Arten, die noch näher beſtimmt werden ſollen. Wenn alſo

(c) *L.* 17 *pr. eod.* „Jusjurandum, quod ex conventione extra judicium defertur, referri non potest". Die Zurückſchiebung hat nur eine eigenthümliche Bedeutung als ein Mittel, dem außerdem eintretenden Zwang eine andere Wendung zu geben (Note g).

(d) *L.* 28 § 2 *de jud.* (5. 1) „... nec jurare *cogendus est*", als Ausnahme bei einem Legaten, worin alſo der Gegenſatz liegt, daß jeder Andere in der That gezwungen wird.

(e) *L.* 34 §. 6 *de jur.* (12. 2) „Ait Praetor: eum, a quo jusjurandum petetur, *solvere aut jurare cogam.* Alterum itaque eligat reus, aut solvat aut juret; *si non jurat, solvere cogendus erit a Praetore.*"

der Gegner jede dieser Maßregeln ausdrücklich verweigert, oder (was dasselbe ist) blos schweigt, also jede Erklärung unterläßt, so gilt Dieses eben so, als wenn gegen ihn durch den Eid des Zuschiebenden die förmliche Wahrheit festgestellt wäre, und er wird zum factischen Nachgeben unmittelbar gezwungen (f).

Unter jenen drei Gegenständen freier Wahl ist das Zurückschieben des Eides genannt worden. Dieses hat ganz dieselbe Natur, wie die ursprüngliche Zuschiebung, und es tritt nun ganz das bisher beschriebene Verfahren ein, nur mit Umkehrung der Personen (g). Das Zurückschieben wird als die bescheidenste und anständigste Maßregel betrachtet, als Aeußerung des Vertrauens in die Gewissenhaftigkeit des Gegners (h). Es ist nicht immer nöthig oder angemessen, daß dieser zweite Eid mit dem ersten wörtlich übereinstimme; darüber hat nach Umständen die Richterbehörde zu entscheiden (i).

Es sind jedoch folgende Einschränkungen des so eben erörterten Zwanges zu bemerken. — Aus persönlicher Ehrfurcht braucht die Zuschiebung in der Regel nicht unterlassen zu werden, so daß sie selbst zulässig ist gegen den Vater und den Patron des Zuschiebenden (k); in der Zuschiebung

(f) *L.* 34 § 7. 9 *eod.* Von dem letzten dieser zwei §§ wird noch weiter die Rede seyn (§ 313. d).

(g) *L.* 34 § 7 *eod.*

(h) *L.* 25 § 1 *de pec. const.* (13. 5).

(i) *L.* 34 § 8 *de jur.* (12. 2).

(k) *L.* 14 *eod.* Mit der einzigen Ausnahme, wenn in einer actio rerum amotarum dem Patron (als Kläger) der Eid zugeschoben wurde. *L* 16 *eod.*

liegt ein Ausdruck des Vertrauens, alſo der Achtung. Nur die Veſtalinnen und der Flamen Dialis ſollten nach altem Recht von jedem Zwang dieſer Art frei ſeyn (l). — Unmündige in eigener Sache, Procuratoren und Defenſoren in der Sache, die ſie vertreten, ſind nicht dem Zwange unterworfen (§. 310. i). — Der, welchem der Eid zugeſchoben wird, kann verlangen, daß zuvor der Gegner ſeine redliche Abſicht (de calumnia) beſchwöre; weigert ſich dieſer, ſo gilt die Weigerung gleich einem Erlaß des Eides, das heißt, gleich dem abgeleiſteten Eide ſelbſt (m). Die Frage, ob dieſer Eid vor Gefährde, als Bedingung des Zwanges, auch im heutigen Recht als geltend anzuerkennen ſey, wird von den neueren Schriftſtellern meiſt mit Stillſchweigen übergangen. Ich glaube, ſie verneinen zu müſſen, theils nach dem thatſächlichen Gerichtsgebrauch, theils nach dem veränderten Standpunkt dieſes Rechtsinſtituts, indem es weniger Gegenſtand der Privatwillkür iſt, mehr unter richterlicher Aufſicht ſteht (n).

Eine wichtige Einſchränkung beſteht noch darin, daß Niemand gezwungen werden kann, über Dasjenige zu ſchwören, wovon er vielleicht Nichts weiß, insbeſondere über fremde Handlungen bei denen er nicht gegenwärtig war.

(l) Gellius X. 15. Vergl. Zimmern § 127 Note 12.

(m) *L.* 34 § 4. *L.* 37 *de jur.* (12. 2) Nur wer zurückſchiebt, kann den Eid de calumnia nicht fordern, da der Gegner durch die Zuſchiebung ſeine auf Wahrheit gerichtete Abſicht hinlänglich bewieſen hat. *L.* 34 § 7 *eod.*

(n) Vgl. Martin Prozeß §. 226 Noten g. h.

So z. B. braucht Keiner zu ſchwören, daß der Gegner geſtohlen habe (o); daß er nicht ſchuldig ſey, einen beſtimmten Sklaven zu übergeben, wenn es ungewiß iſt, ob dieſer noch lebt (p); daß ſein Erblaſſer einen Vertrag nicht geſchloſſen habe (q). — Kann in ſolchen Fällen durch Zurückſchieben billige Hülfe geleiſtet werden, ſo iſt Dieſes anzuwenden; in anderen Fällen wird eine Friſt zur Erforſchung der Wahrheit helfen können (r). Wo aber alle dieſe Mittel nicht ausreichen, ſoll ohne Zweifel nach Römiſchem Recht der Eid nicht angewendet werden, welches vielleicht nur deswegen nicht erwähnt wird, weil bei den Römern der Eid meiſt über Rechtsverhältniſſe zugeſchoben wurde, wobei jene Schwierigkeit oft verhüllt bleibt. — Die Praxis der neueren Zeit hilft oft aus durch einen Eid über bloßes Glauben (de credulitate), oder über Nichtwiſſen (de ignorantia). Der erſte iſt gewiß völlig verwerflich, da er nicht irgend eine Ueberzeugung des Richters bewirken, wohl aber die Partei zu einer leichtſinnigen Behandlung des Eides verleiten kann. Der zweite iſt unbedenklich, wenn ſich der Zuſchiebende damit begnügen will, daß durch das bloße Nichtwiſſen des Gegners die Sache entſchieden werde, wenn er alſo entweder die Zuſchiebung auf eine ſolche Eidesform

(o) *L.* 11 § 2. 3. *L.* 12. *L.* 13. *pr. rer. amot.* (25. 2).
(p) *L.* 34 *pr. de jur.* (12. 2).
(q) Paulus II. 1. § 4.
(r) *L.* 34 *pr. de jur.* (12. 2).

richtet, oder die richterliche Verwandlung des zugeschobenen Eides in diese Form genehmigt (s).

Es ist zuletzt noch anzugeben, durch welche Mittel der Prätor den Zwang zur Ausführung bringt, dessen Bedingungen bisher festgestellt worden sind.

Der Eid kann geschworen werden vom Kläger, oder vom Beklagten, nachdem ihm der Eid vom Gegner zugeschoben oder zurückgeschoben worden ist. Es ist aber dabei in Erinnerung zu bringen, daß mit dieser wirklichen Ableistung gleiche Wirkung hat der Erlaß des Eides; ferner die Weigerung des Gegners, sich auf den zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eid einzulassen. Alle diese Fälle stehen völlig auf gleicher Linie, und sind stets mit darunter zu begreifen, wenn jetzt die Folgen des geleisteten Eides angegeben werden sollen.

Hat nun der Kläger den Eid geleistet, so wird der Beklagte gezwungen, den Kläger klaglos zu stellen, d. h., dessen Anspruch zu befriedigen. Dieses geschieht jedoch, nach Verschiedenheit der Fälle, auf zweierlei Weise, so wie es schon oben bei dem gerichtlichen Geständniß angegeben worden ist (§ 303).

Ist die Klage eine certi condictio, also auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet, so ist mit dem Eide Alles zu Ende, und der Prätor verfügt unmittelbar die Execution (t).

(s) Vgl. Bayer Vorlesungen S. 391. Heffter Prozeß §. 229 N. 64. 65. Linde Prozeß §. 301. N. 4, § 302 N. 16—18.

(t) *L.* 34. § 6 *de jur.* (12. 2) „solvere cogendus erit a Praetore.“ Die eigenthümliche Natur des Eides im Fall der certi con-

In dieſem Fall iſt der Eid ein wahres Surrogat des Urtheils, ein Juder und eine Litisconteſtation iſt unnöthig.

Bei allen anderen Klagen aber erfolgt nun ein ordentlicher Prozeß vor dem Juder. Nur iſt es unrichtig, wenn Manche ſagen, daß jetzt eine actio in factum de jurejurando angeſtellt werde (u); es iſt vielmehr die bloße Fortſetzung der bereits angeſtellten Klage, und auch dieſe tritt weniger vollſtändig ein, als es ohne den Eid geſchehen wäre. Eine eigentliche Litisconteſtation kommt nun nicht mehr vor, und der Juder hat nicht mehr die Wahrheit des Anſpruchs, ſondern nur noch den Geldwerth deſſelben feſtzuſtellen (§ 311 b). Die formula mag jetzt etwa ſo gelautet haben:

> Quod A. Agerius juravit, N. Negidium fundum Cornelianum ipsi dare oportere, quanti is fundus est, eum condemna

ſo daß die Intentio: si paret dare oportere weggelaſſen wurde, weil dieſes Stück durch den Eid dem Prätor ſchon bekannt und gewiß war, alſo nicht erſt durch den Juder feſtgeſtellt zu werden brauchte. — Insbeſondere bei der Erbrechtsklage, und ohne Zweifel auch bei allen anderen arbiträren Klagen, hatte der Eid des Klägers die volle Kraft einer pronuntiatio (v).

dictio zeigt ſich ſehr deutlich in der Ueberſchrift des Titels im Codex (IV. 1) „de *rebus creditis* et jurejurando.“ Ganz dieſelbe Ueberſchrift findet ſich auch bei PAULUS II. 1.

(u) Bayer Vorleſungen S. 401. 402.

(v) *L.* 11 § 3 *de jur.* (12. 2).

Wenn dagegen der Beklagte den Eid geleiſtet hat, ſo iſt damit Alles, ohne Unterſchied der Klagen, zu Ende. Der Prätor weiſt durch ein Decret die Klage zurück, ohne daß es dazu einer Exception und eines Judex bedarf (w). Dieſes Decret wirkt völlig wie die rechtskräftige Freiſprechung durch einen Judex (x).

§ 313.

Surrogate des Urtheils. — II. Eid. — Beſondere Wirkungen je nach der verſchiedenen Lage des Streites.

(Fortſetzung.)

3. Zuſchiebung vor dem Judex (in judicio).

Ich will damit anfangen, den Zuſtand der Sache darzuſtellen, wie er im Juſtinianiſchen Recht, und ſchon ſeit dem Untergang des ordo judiciorum, beſchaffen ſeyn mußte. Da hier kein Unterſchied mehr war zwiſchen jus und judicium, praetor und judex, ſo mußten alle für die Verhandlung vor dem Prätor oben aufgeſtellten Regeln nunmehr auf die ganze Prozeßführung angewendet werden, ſo daß der urtheilende Richter (der jetzt von der richterlichen Obrigkeit nicht mehr verſchieden war) die Rechte auszuüben hatte, die früher dem Prätor zugeſchrieben wurden. Die vom Prätor früher ausgeſprochene Alternative: solvere aut jurare cogam (§ 312. e), wurde alſo in Ausſprüchen dieſer ſpäteren Zeit wörtlich auf den judex (den urtheilenden

(w) *L.* 7. *L.* 9 *pr. L.* 34 § 7 *ibid.* (x) S. o. B. 6 § 284. Note c. d.

Richter) angewendet (a). Daß es so seyn mußte, wird auch von unseren Schriftstellern nicht bezweifelt, und über den Zustand der Sache im Justinianischen Recht, so wie über den Sinn, in welchem wir die Justinianischen Rechtsquellen jetzt aufzufassen haben, ist daher kein Streit. Es fragt sich nur, wie es sich verhielt zur Zeit des bestehenden ordo judiciorum. Hierüber ist die herrschende Meinung der Neueren, der alte Juder habe bei einem vor ihm zugeschobenen Eide gar keinen ähnlichen zwingenden Einfluß, wie der Prätor, gehabt, und alle älteren Stellen, die ihn hierin dem Prätor gleich stellen, seyen im Sinn der oben dargestellten Veränderung interpolirt (b). Ich glaube, daß sie hierin zu weit gehen, und daß, wenn auch einige Interpolationen vorgenommen seyn mögen (welches ich dahin gestellt lasse), dennoch in der Sache selbst von jeher kein wesentlicher Unterschied zu finden war. Ich will mit der Prüfung der einzelnen Stellen aus der älteren Zeit anfangen.

Die wichtigste dieser Stellen rührt her von Ulpian (c). Nachdem hier zuerst eine Stelle des Edicts wörtlich angeführt und erklärt war (in den §§ 6. 7), wird das Verfahren in dem Fortgang der Stelle weiter ausgeführt und

(a) *L. 9 C. de R. C. et sur.* (4. 1) „. . . per judicem solvere vel jurare . . . necesse habet".

(b) Keller Litiscontestation S. 50. 51. Zimmern §. 135. Puchta §. 174. p.

(c) *L. 34 § 6. 7. 8. 9 de jur.* (12. 2).

unmittelbar auf den Juder bezogen (d). Dieſer letzte Theil der Stelle ſoll nun auf bloßer Interpolation beruhen, indem auch hier Ulpian nur vom Prätor geſprochen haben werde. — Ich will dieſe Interpolation nicht gerade für unmöglich erklären, aber als nothwendig kann ich ſie nicht einräumen; denn wenn, wie ſogleich aus inneren Gründen gezeigt werden ſoll, die Thätigkeit des Prätors hierin von jeher weſentlich keine andere war, als die des Juder, ſo war es ganz natürlich und gar nicht zu tadeln, daß Ulpian abwechſelnd bald den Einen, bald den Anderen, und zwar Beide in gleicher Wirkſamkeit, erwähnte.

Wichtig iſt aber auch eine Stelle des Paulus, welche von dem Beweisverfahren vor dem Juder ſpricht, und den vor dem Juder geleiſteten Eid in derſelben Weiſe erwähnt, wie wir ihn im neuſten Recht nur immer auffaſſen können (e); und in dieſer Stelle iſt noch weniger, als in der des Ulpian, Schein und Raum für eine Interpolation wahrzunehmen.

Ich will aber nun auf die Sache ſelbſt näher eingehen, unabhängig von dem Zeugniß einzelner Stellen der alten Juriſten.

(d) l. c. § 8 „. . . officio judicis". Beſonders aber der ganze, in ſeinem Inhalt ſo wichtige, § 9 „Quum res in jusjurandum demissa sit, *judex* jurantem absolvit . . . *nolentem jurare reum* . . *non solventem condemnat*", ganz wie oben § 6 vom Prätor.

(e) *L.* 25 § 3 *de prob.* (22. 3) „. . licentia concedenda est ei, cui onus probationis incumbit, advesario suo . . . jusjurandum inferre . . . ut judex juramenti fidem secutus ita suam sententiam possit formare".

Wenn vor dem Juder ein Eid zugeschoben und von dem Gegner freiwillig angenommen und geleistet wurde, so kann über dessen Wirksamkeit kein Zweifel seyn, da selbst der außergerichtliche Eid förmliche Wahrheit zu begründen geeignet war (§ 312). Der Streit kann also nur den Fall einer Weigerung, und dabei die Frage betreffen, ob dem Juder ein ähnliches Recht des Zwanges, wie dem Prätor, zugeschrieben werden dürfe. Hätte nun von Seiten des Prätors der Zwang etwa in Geldstrafen bestanden, so würde ich jene Frage unbedenklich verneinen. Er bestand aber in der That nur in der angenommenen Feststellung des Gegentheils der Behauptung, welche zu beschwören in die Macht des Weigernden gestellt war (§. 312. f), und dieses Zwangsmittel dem Juder, so gut als dem Prätor, zuzuschreiben, kann nicht das geringste Bedenken haben. Der eigentliche, gewiß richtige Gesichtspunkt für jene Feststellung zum Nachtheil Dessen, der den zugeschobenen Eid verweigert, ist in folgender Stelle des Paulus ausgedrückt (f): „Manifestae turpitudinis *et confessionis* est, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre“. Diese Stelle ist ganz wie geschrieben zur Rechtfertigung des Juder, der die Weigerung völlig wie ein gerichtliches Geständniß behandelt und hiernach sein Urtheil einrichtet, und sie wird also am natürlichsten bezogen auf die Eideszuschiebung vor dem Juder. Auf die außergerichtliche kann sie nicht bezogen werden, weil

(f) *L.* 38 *de jur.* (12. 2).

dabei keine Art des Zwanges vorkam, insbeſondere aber auch kein referre (§ 312 Noten a. c.); eben ſo wenig aber auf die Eideszuſchiebung vor dem Prätor (g), deſſen zwingende Gewalt hierin an ſich keiner Rechtfertigung bedurfte, und auch ſchon wörtlich in dem Edict begründet war.

Eine Beſtätigung der hier aufgeſtellten Behauptung liegt noch in dem Fall des Albutius, in welchem das Centumviralgericht die Verweigerung eines zugeſchobenen Eides gleichfalls wie ein Geſtändniß behandelte und dem Urtheil zum Grunde legte (h); die Centumvirn aber hatten die Stellung des Juder, nicht des Prätors, ſie waren Urtheiler, nicht prozeßleitende Obrigkeit.

Völlig verſchieden von dem bisher dargeſtellten zugeſchobenen Eide iſt eine andere Art, den Eid auf die Entſcheidung eines Rechtsſtreites anzuwenden; eine Art der Anwendung, die nach der älteren Römiſchen Gerichtsverfaſſung nur allein vor dem Juder vorkommen konnte. Wenn nämlich, nach geführten Beweiſen, der Richter über die Thatſachen noch nicht völlig aufgeklärt iſt, ſo kann er nach ſeinem Ermeſſen die eine oder andere Partei zum Eide auffordern, und je nach dem Ausfall deſſelben ſein Urtheil einrichten (i). Dieſer Fall unterſcheidet ſich von dem des zugeſchobenen Eides

(g) Hierauf wird die Stelle bezogen von Puchta § 173. e.

(h) Seneca controv. lib. 3. praef.

(i) *L.* 1. 31 *de jur.* (12. 2). *L.* 3. *L.* 12. *pr. C. eod.*

wesentlich dadurch, daß keine Einwilligung der Parteien, also kein Vertrag zum Grunde liegt. Dieses ist reines Beweismittel, und es ist dabei eine Anfechtung wegen später aufgefundener Urkunden nicht unmöglich (k). — Diese Art des Eides ist in dem heutigen Prozeßrecht als Erfüllungseid und Reinigungseid genauer ausgebildet worden.

Es bedarf kaum noch der Bemerkung, daß vor dem Juder der Eid jeder Art niemals Surrogat eines Urtheils seyn, folglich das Urtheil selbst entbehrlich machen konnte. Die eigentliche Entscheidung konnte hier lediglich von dem Urtheil ausgehen (l), dessen Inhalt aber an den Inhalt des Eides nothwendig gebunden war.

Die Ueberschrift des Digestentitels (XII. 2) lautet so: De jurejurando, sive voluntario, sive necessario, sive judiciali. Darin sind augenscheinlich Römische Kunstausdrücke enthalten, über deren Bedeutung in neuerer Zeit verschiedene Meinungen aufgestellt worden sind (m). Nach der bis hierher geführten Untersuchung scheint folgende Bedeutung dieser Ausdrücke angenommen werden zu müssen.

(k) In dieser Hinsicht unterscheiden sich überhaupt Urtheile und Vergleiche (zu welchen letzten der Eid gehört). *L.* 35 *de re jud.* (42. 1), *L.* 19. 29 *C. de transact.* (2. 4). Vgl. Burchardi Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 138.

(l) *L.* 34 § 9. *L.* 31 *de jur.* (12. 2).

(m) Donellus Lib. 24. C. 24. Puchta Institutionen § 173 Note e.

Voluntarium iſt der außergerichtliche Eid, weil deſſen Annahme und Leiſtung ganz in der Willkür der Partei lag, welcher er zugeſchoben wurde. Necessarium iſt der in jure oder in judicio zugeſchobene Eid, weil in beiden Fällen die Partei genöthigt war, ſich in irgend einer Weiſe auf denſelben einzulaſſen. Judiciale endlich iſt der vom Juder, ohne Zuſchiebung von Seiten einer Partei, auferlegte Eid. — Anders iſt freilich der Sprachgebrauch der neueren Schriftſteller über den Prozeß. Hier heißt voluntarium der zugeſchobene, alſo von dem Willen einer Partei ausgehende Eid, necessarium der von dem Willen des Richters ausgehende, alſo von jedem Parteiwillen völlig unabhängige Eid. Der Ausdruck der Freiwilligkeit oder Unfreiwilligkeit wird alſo von den Neueren in einer anderen Beziehung gebraucht, als von den Römern.

§. 314.

Surrogate des Urtheils. — II. Eid. — Heutiges Recht.

Es bleibt jetzt nur noch übrig, die ſpäteren Aenderungen des bisher dargeſtellten Rechts des Eides hinzu zu fügen. Die in Juſtinian's Geſetzgebung eingetretene Aenderung iſt bereits dargeſtellt worden (§ 313); es iſt alſo nur noch von dem heutigen Rechte zu reden.

Als vorherrſchender Geſichtspunkt iſt hier anerkannt worden die Heiligkeit des Eides als einer religiöſen Handlung. Alle Neuerungen zwecken darauf ab, theils dem Meineide vorzubeugen, theils den Mißbrauch zu verhüten,

der in der Leiſtung eines unpaſſenden oder unnützen Eides liegen würde. Hierauf gründen ſich folgende einzelne, vom Römiſchen Recht abweichende Sätze.

Vor Allem hat der Richter freiere Macht in der Aufſicht auf den zugeſchobenen Eid, der alſo nicht mehr ſo, wie im Römiſchen Recht, durch die freie Uebereinkunft der Parteien beſtimmt werden kann. — Der Richter verſagt ihn, wenn nach den Umſtänden ein Meineid zu befürchten iſt. — Die Faſſung der Eidesformel wird von dem Zuſchiebenden nur vorgeſchlagen, der Gegner hat ſich darüber zu erklären, der Richter aber hat ſie feſtzuſtellen. Für dieſe Beſtimmung findet ſich ein Anhalt ſchon im Römiſchen Recht (§. 310. ee). — Ein Unmündiger, den das Römiſche Recht zur Ableiſtung eines zugeſchobenen Eides zuläßt, weil er dabei nur gewinnen, nicht verlieren kann (§ 310. h), wird jetzt nicht mehr zugelaſſen. — Der Eid vor Gefährde fällt jetzt weg (§ 312. n).

Der außergerichtliche Eid, der ganz ohne richterliche Aufſicht ſeyn würde, iſt jetzt gar nicht mehr zuläſſig und hat, wenn er durch die Willkür der Parteien dennoch angewendet wird, nicht mehr die Wirkungen, die ihm das Römiſche Recht beilegt (a). In manchen Partikulargeſetzen iſt er geradezu verboten (b).

(a) S. o. § 311. 312. Mit Unrecht wird Dieſes bezweifelt von Linde Prozeß § 301 N. 6. Nach dem heutigen Recht alſo würde aus einem ſolchen Privateide weder eine Klage, noch eine Einrede gegen den Zuſchiebenden abgeleitet werden können, obgleich dieſer ſelbſt den Anſtoß dazu gegeben hat. —

(b) So z. B. in Preußen. Allg. L. R. II. 20. § 1425. 1426. 1429. Allg. G. O. I. 10 §. 248.

Der Eid iſt jetzt bloßes Beweismittel, und kann nur über reine Thatſachen, nicht über Rechtsverhältniſſe (welches im Römiſchen Recht ſeine Hauptanwendung war) zugeſchoben werden. Wird Dieſes dennoch verſucht, ſo hat der Richter einen ſolchen Eid zu verbeſſern. Dieſe wichtige Neuerung iſt im heutigen Recht faſt allgemein anerkannt, wenngleich im Einzelnen von unkundigen Richtern dagegen nicht ſelten, und vielleicht ſelbſt bewußtlos, verſtoßen werden mag, indem ſie ſich den Gegenſatz nicht völlig klar machen (c). — Es darf daher der Eid nicht zugeſchoben werden über das Daſeyn eines Eigenthums oder einer Schuld, ſondern nur über diejenigen Thatſachen, woraus das Eigenthum oder die Schuld angeblich entſtanden ſeyn ſoll. Der Grund dieſes wichtigen Satzes liegt darin, daß jedes Urtheil über das Daſeyn eines Rechtsverhältniſſes ſtets ein Stück Rechtstheorie mit in ſich ſchließt, die doch unmöglich als paſſender Gegenſtand eines Eides angeſehen werden kann. Die Unklarheit, die aus dieſer Vermiſchung von Rechtsſätzen und Thatſachen hervorgeht, kann dahin führen, daß in manchen Fällen ein Eid geleiſtet wird, den bei genauer Zergliederung

(c) Der aufgeſtellte Satz wird von folgenden Schriftſtellern anerkannt: Böhmer electa T. 2 Ex. 14 § 12, Glück B. 8 § 585, Martin § 224 (11te Ausg.), Linde § 302 N. 15. — Anderer Meinung iſt Bayer Vorleſungen, S. 390, jedoch nur nach Stellen des Röm. Rechts, und indem er die Allgemeinheit der entgegengeſetzten Meinung] anerkennt. Er meint aber, wenn ſich der Gegner auf den Eid über ein Rechtsverhältniß einlaſſe, ſo müſſe Das als Vergleich gelten. Allein gerade darin weicht das heutige Recht vom Röm. R. ab, daß es die reine Privatwillkür im Eide beſchränkt.

der Bestandtheile eine gewissenhafte Partei nicht leisten würde. Gerade darin aber besteht eben ein gefährlicher Mißbrauch des Eides. Um sich Dieses noch anschaulicher zu machen, möge man versuchen, das Daseyn eines Eigenthums zum Gegenstand von Zeugenaussagen und Zeugeneiden zu machen. Zwei Zeugen werden vielleicht das streitige Eigenthum bejahen, und dabei doch von ganz verschiedenen Rechtsregeln und Thatsachen ausgehen. Dann aber ist ihre Uebereinstimmung nur scheinbar, da doch die wirkliche Uebereinstimmung der wahre Grund ist, worauf die Kraft des Zeugenbeweises beruht.

Endlich kann auch jede Partei den ihr zugeschobenen Eid dadurch beseitigen, daß sie über die Wahrheit ihrer Behauptung einen vollständigen Beweis durch andere Beweismittel führt. Denn durch diesen Beweis wird der Eid überflüssig, und in der Anwendung eines überflüssigen Eides liegt schon an sich ein Mißbrauch des Eides. Besonders bezeichnend aber ist der übliche Kunstausdruck für diesen Fall: Vertretung des Gewissens durch Beweis. Eine Partei von besonders strenger, ängstlicher Gewissenhaftigkeit kann nämlich, sich selbst mißtrauend, lieber dem Richter die Beurtheilung des von ihr geführten Beweises überlassen, als selbst schwören, und dadurch Alles auf das eigene Gewissen übernehmen. Eine solche Gesinnung verdient vielmehr Unterstützung, als Tadel, und dem Gegner wird dadurch kein Unrecht zugefügt. — Die Zulässigkeit einer solchen Gewissensvertretung ist allgemein anerkannt, und es muß

dabei auch Gegenbeweis zugelaſſen werden (d). Der Eid bleibt einſtweilen aufgeſchoben, muß aber, wenn der verſuchte Beweis mißlingt, wieder aufgenommen werden.

Im Römiſchen Recht wird dieſe Gewiſſensvertretung nicht erwähnt, ja ſie paßt dahin nicht, weil der Eid nicht als reines Beweismittel, ſondern als vergleichsmäßige Entſcheidung des Rechtsverhältniſſes angeſehen wird (e). Im kanoniſchen Recht wird jenes Recht beſtimmt anerkannt, und zwar in Anwendung auf einen Fall, worin dem Kläger, der den Grund ſeiner Klage bereits bewieſen hatte, nun dennoch der Eid zugeſchoben wurde (f).

Hierauf beſchränken ſich die wahren Abweichungen des heutigen Rechts, und einige andere, die gleichfalls behauptet werden, ſind nicht als richtig anzuerkennen.

Dahin gehört die Behauptung, der zugeſchobene Eid könne nur als Ergänzung eines anderen Beweiſes gebraucht werden, ſetze alſo ſtets einen auf andere Weiſe, wenngleich unvollſtändig, geführten Beweis (eine Beſcheinigung) voraus. Dieſe Meinung iſt nach Römiſchem Recht gewiß zu verwerfen (g), ja ſie war hier, wenigſtens bei dem außergerichtlichen Eid, völlig unanwendbar. Auch nach dem heutigen gemeinen Recht iſt ſie zu verwerfen (h), und

(d) Malblanc § 58. Bayer S. 397. Gönner B. 2 Abhdl. 48. Martin § 228. Linde § 308.

(e) Die Stelle bei Quinctilian. instit. V. 6 enthält nur ein allgemeines Räſonnement, kein geſchichtliches Zeugniß.

(f) *C.* 2 *X. de prob.* (2. 19).

(g) *L.* 35 *pr. de jur.* (12. 2), *L.* 22 § 10 *C. de jure delib.* (6. 30).

(h) Danz Prozeß § 241 Note b. Linde Lehrbuch § 303 Note 6. 7.

nur in manchen Partikularrechten hat sie Eingang gefunden (i).

Eben so darf nicht behauptet werden, daß die Zuschiebung des Eides nur als ein Nothbehelf angesehen werden könne, und daß sie versagt werden müsse, wenn dem Zuschiebenden andere Beweismittel zu Gebote stehen. Ob er solche hat, denen er vertraut, das muß lediglich seiner eigenen Beurtheilung überlassen bleiben. Es wäre ungerecht, ihn darauf zu verweisen und ihm deshalb die Eideszuschiebung zu versagen. Hierin läge eine ganz irrige Umkehrung der eben erklärten Regel von der Gewissensvertretung, wobei eine Partei freiwillig sich entschließt, den ihr zugeschobenen Eid durch einen von ihr zu führenden Beweis anderer Art entbehrlich zu machen. Die einzige Stelle des kanonischen Rechts, die man dafür anführen könnte, spricht auch in der That nur von der Gewissensvertretung, und nur die Ausdrücke, womit sie die Gewissensvertretung begründet und rechtfertigt, sind so schwankend und zweideutig, daß sie allerdings auch auf jenen irrigen Satz gedeutet werden könnten (k).

Wenn man die so eben dargestellten Abweichungen des heutigen Rechts in der Lehre vom zugeschobenen Eide er-

(i) So z. B. in der Praxis des Tribunals zu Wismar (jetzt Greifswald), veranlaßt durch die falsche Lehre des Mevius. Vgl. Pufendorf T. 2 Obs. 151.

(k) *C. 2 X. de prob.* (2. 19), „quum tunc demum ad hujusmodi sit suffragium recurrendum, quum aliae legitimae probationes deesse noscuntur.“

dabei keine Art des Zwanges vorkam, insbeſondere aber auch kein referre (§ 312 Noten a. c.); eben ſo wenig aber auf die Eideszuſchiebung vor dem Prätor (g), deſſen zwingende Gewalt hierin an ſich keiner Rechtfertigung bedurfte, und auch ſchon wörtlich in dem Edict begründet war.

Eine Beſtätigung der hier aufgeſtellten Behauptung liegt noch in dem Fall des Albutius, in welchem das Centumviralgericht die Verweigerung eines zugeſchobenen Eides gleichfalls wie ein Geſtändniß behandelte und dem Urtheil zum Grunde legte (h); die Centumvirn aber hatten die Stellung des Juder, nicht des Prätors, ſie waren Urtheiler, nicht prozeßleitende Obrigkeit.

Völlig verſchieden von dem bisher dargeſtellten zugeſchobenen Eide iſt eine andere Art, den Eid auf die Entſcheidung eines Rechtsſtreites anzuwenden; eine Art der Anwendung, die nach der älteren Römiſchen Gerichtsverfaſſung nur allein vor dem Juder vorkommen konnte. Wenn nämlich, nach geführten Beweiſen, der Richter über die Thatſachen noch nicht völlig aufgeklärt iſt, ſo kann er nach ſeinem Ermeſſen die eine oder andere Partei zum Eide auffordern, und je nach dem Ausfall deſſelben ſein Urtheil einrichten (i). Dieſer Fall unterſcheidet ſich von dem des zugeſchobenen Eides

(g) Hierauf wird die Stelle bezogen von Puchta § 173. e.

(h) Seneca controv. lib. 3. praef.

(i) *L.* 1. 31 *de jur.* (12. 2). *L.* 3. *L.* 12. *pr. C. eod.*

wesentlich dadurch, daß keine Einwilligung der Parteien, also kein Vertrag zum Grunde liegt. Dieses ist reines Beweismittel, und es ist dabei eine Anfechtung wegen später aufgefundener Urkunden nicht unmöglich (k). — Diese Art des Eides ist in dem heutigen Prozeßrecht als Erfüllungseid und Reinigungseid genauer ausgebildet worden.

Es bedarf kaum noch der Bemerkung, daß vor dem Juder der Eid jeder Art niemals Surrogat eines Urtheils seyn, folglich das Urtheil selbst entbehrlich machen konnte. Die eigentliche Entscheidung konnte hier lediglich von dem Urtheil ausgehen (l), dessen Inhalt aber an den Inhalt des Eides nothwendig gebunden war.

Die Ueberschrift des Digestentitels (XII. 2) lautet so: De jurejurando, sive voluntario, sive necessario, sive judiciali. Darin sind augenscheinlich Römische Kunstausdrücke enthalten, über deren Bedeutung in neuerer Zeit verschiedene Meinungen aufgestellt worden sind (m). Nach der bis hierher geführten Untersuchung scheint folgende Bedeutung dieser Ausdrücke angenommen werden zu müssen.

(k) In dieser Hinsicht unterscheiden sich überhaupt Urtheile und Vergleiche (zu welchen letzten der Eid gehört). *L.* 35 *de re jud.* (42. 1), *L.* 19. 29 *C. de transact.* (2. 4). Vgl. Burchardi Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 138.

(l) *L.* 34 § 9. *L.* 31 *de jur.* (12. 2).

(m) Donellus Lib. 24. C. 24. Puchta Institutionen § 173 Note e.

Ereigniſſe, wie z. B. die Herſtellung eines abgebrannten oder eingeſtürzten Hauſes, wovon hier, bei einem Rechtsinſtitut, natürlich nicht die Rede ſeyn kann. Vor Allem alſo iſt die in dem Namen nicht ausgedrückte Beſchränkung des Begriffs auf eine Herſtellung innerhalb des Rechtsgebietes nothwendig (b). Allein auch dieſe Beſchränkung iſt noch keineswegs ausreichend.

Im Rechtsgebiet nämlich findet ſich in ſehr ausgedehnter Weiſe die Möglichkeit und das Bedürfniß einer Herſtellung in den zahlreichen und wichtigen Fällen, in welchen die Rechtsordnung geſtört, alſo ein Recht verletzt wird. Die gemeinſame Natur dieſer Fälle läßt ſich ſo bezeichnen, daß ein Recht von ſeiner thatſächlichen Ausübung getrennt wird, ſo daß die Herſtellung beſteht in der Wiedervereinigung des Rechts mit der Thatſache der Ausübung. Dieſe Herſtellung kann bewirkt werden ſowohl durch die freiwillige Handlung einer anderen Perſon, als durch Zwang in Folge einer Rechtsanſtalt; auf dieſen letzten Fall beziehen ſich mehrere wichtige Theile des Rechtsgebietes, unter andern in dem Syſtem des Privatrechts das geſammte Actionenrecht (§ 204). Für die Herſtellung durch eine dem Berechtigten gegenüber

(b) Es iſt zu bemerken, daß der Ausdruck: in integrum restitutio, auch in ſeiner techniſchen Beſchränkung auf den Rechtszuſtand, in einer zwiefachen Conſtruction vorkommt; am häufigſten iſt die Rede von einer Reſtitution der verletzten Perſon in ihren früheren beſſeren Zuſtand (z. B. *minor restituitur*); dann aber auch von einer Reſtitution des verlorenen Rechts (an die Perſon), z. B. *L.* 1 § 1 *ex. qu. c. huj.* (4. 6) „. . *actionem* . . . in integrum restituam“ (§ 325 Note m).

stehende Person ist restituere die regelmäßige Bezeichnung, ohne Unterschied, ob die Handlung dieser Person aus freiem Willen hervorgeht, oder von einem Richter auferlegt und erzwungen wird. Immer also bezeichnet dieses restituere die Thätigkeit einer Privatperson (c). — Jede Herstellung aber der eben bezeichneten Art hat mit dem gegenwärtig darzustellenden Rechtsinstitut nicht den geringsten Zusammenhang, obgleich der Name desselben auch darauf bezogen werden könnte, an sich also wiederum nicht dazu geeignet ist, diese Beschränkung auszudrücken.

Um nun dem wahren Begriff dieses Rechtsinstituts näher zu treten, ist ein Rückblick nöthig auf die innere Entwicklung und Ergänzung eines jeden positiven Rechts. Unter die reichlichsten Quellen dieser Entwicklung gehört die nothwendige Ausgleichung des überall hervortretenden Gegensatzes zwischen dem strengen Recht und der Billigkeit, jus (jus strictum) und aequitas (d). Diese Ausgleichung hat zur Bildung ganz neuer und selbstständiger Rechtsinstitute

(c) Ein solches Restituiren kann geschehen sowohl natürlich und unmittelbar, als in künstlicher oder mittelbarer Weise; das Erste, wenn z. B. dem Eigenthümer der ihm fehlende Besitz seiner Sache wieder gegeben wird; das Zweite, wenn derselbe für eine verzehrte Sache in Geld entschädigt wird. Diese Bemerkung ist auch anwendbar auf die nachfolgenden Fälle der Herstellung eines früheren Zustandes. — Ueber den Begriff und Umfang des restituere vgl. *L.* 22. 35. 75. *L.* 246 § 1 *de V. S.* (50. 16). Vgl. auch oben B. 5 S. 129.

(d) S. o. B. 1 § 15. 22. — Die aequitas muß hier als die von einem höheren und freieren Standpunkt anerkannte Gerechtigkeit gedacht werden. Die Natur dieses Gegensatzes, als der Grundlage der gesammten Restitution, ist scharf und treffend dargestellt von Puchta, Institutionen § 177, und Vorlesungen § 100.

geführt (e); eben so aber auch zu vielen Anstalten, die blos auf die Herstellung nachtheilig veränderter Rechtszustände abzwecken. Dabei wird also vorausgesetzt, daß ein Rechtszustand zum Nachtheil des Berechtigten wahrhaft verändert worden ist, so daß diese Veränderung nach strengem Recht als vollgültig anerkannt werden muß, daß aber die Billigkeit dieser Veränderung widerspricht, und die Herstellung des früheren Zustandes fordert. Diese Herstellung wird dann durch mannichfaltige Rechtsmittel bewirkt, und zwar sowohl durch Klagen, als durch Einreden; beide, theils dem Civilrecht, theils dem prätorischen Recht angehörend.

Unter die civilen Klagen zu solchen Zwecken gehören folgende: Die Condictionen auf Rückgabe ohne Vertrag, wie indebiti, sine causa, ob causam datorum (f); ferner die redhibitoria actio, die Anfechtung eines Verkaufs wegen Verletzung über die Hälfte. — Von den prätorischen Klagen gehören dahin die actio doli und quod metus causa. — Alle diese Klagrechte können nach Umständen auch in der Gestalt von Einreden geltend gemacht werden, wohin besonders die doli und metus exceptio gehören. — In sämmtlichen Fällen dieser Art wird der Zweck der aus Billigkeit abgeleiteten Herstellung erreicht durch besonders gebildete

(e) S. o. B. 5 § 219 und Beilage XIII. Num. XIII. XX, Beil. XIV. Num. XLVII. Es gehören dahin die bonae fidei actiones, welche darauf beruhen, daß der unter rechtlichen Menschen geltenden, in der Regel freiwillig beobachteten, Sitte ein eigenthümlicher Rechtsschutz gegen Diejenigen gewährt wird, die sich etwa der freien Beobachtung der Sitte entziehen möchten.

(f) S. o. B. 5 Beil. XIV. Num. VII. VIII.

Obligationen, also durch persönliche Klagen oder Einreden. Die Anerkennung jener Billigkeit hatte daher zur Ausbildung bestimmter Rechtsregeln geführt, die eben so, wie die Klagen aus Verträgen und Delicten, durch das gewöhnliche Richteramt zur Anwendung gebracht wurden, sobald die thatsächlichen Bedingungen derselben vorhanden waren; eine eigenthümliche Art von Rechtsinstituten war dazu nicht erforderlich, und das gegenwärtig darzustellende Institut erhält dadurch noch keine Begründung.

§. 316.

Restitution. — Begriff derselben.

Unter den Fällen der Herstellung aus Billigkeit (§ 315) fanden sich mehrere, die den Prätoren zunächst nicht dazu geeignet schienen, in der Form gewöhnlicher Klagen und Einreden der richterlichen Anwendung unmittelbar überlassen zu werden, worin vielmehr sie selbst (die Prätoren) durch Erwägung aller im Einzelnen obwaltenden Umstände helfend einzugreifen sich vorbehielten. Es war also auch darin eine neue Rechtsregel anerkannt, aber nicht so, wie in den vorigen Fällen, eine fertige Rechtsregel, auf gleicher Linie mit allen übrigen stehend, sondern gleichsam eine unreife, noch in der Bildung begriffene Rechtsregel, die in diesem unfertigen Zustand erst durch das Eingreifen der prätorischen Machtvollkommenheit in das wirkliche Leben für einzelne Fälle sollte eingeführt werden können. Diese Fälle bilden die prätorische in integrum restitutio. Hiernach läßt sich der

Begriff dieſer Reſtitution ſo beſtimmen: Sie iſt die Herſtellung eines früheren Rechtszuſtandes, gegründet auf den Gegenſatz der Billigkeit zum ſtrengen Recht, und bewirkt durch die, ein wirklich vorhandenes Recht mit Bewußtſein abändernde, prätoriſche Macht. — Nur iſt, mit Rückſicht auf die überall durchgeführte Ausdrucksweiſe des Römiſchen Rechts, noch hinzu zu fügen, daß dieſe Herſtellung des früheren Zuſtandes, da ſie nur auf einer Anwendung der obrigkeitlichen Macht beruht, nicht als eine eigentliche, wahre Herſtellung (ipso jure) bezeichnet wird, ſondern nur als die Fiction einer ſolchen. Wer alſo ein aufgegebenes Erbrecht durch Reſtitution erlangt, wird nicht heres, ſondern bekommt nur die Rechte eines ſolchen, gleich als ob er es wäre (utiles actiones). Es iſt alſo völlig dieſelbe Behandlung und Bezeichnung, wie wir ſie auch in dem prätoriſchen Erbrecht, der bonorum possessio, wahrnehmen.

Um dieſem ſehr eigenthümlichen Rechtsinſtitut ſeine wahre Stellung anzuweiſen, iſt es nöthig, den Zuſammenhang deſſelben mit anderen Inſtituten, alſo die nach verſchiedenen Seiten vorhandenen Verwandtſchaften, aufzuſuchen.

Als die nächſte Verwandtſchaft muß erkannt werden die mit dem rechtskräftigen Urtheil, und dadurch iſt die Stellung derſelben im gegenwärtigen Syſtem beſtimmt worden. Beide Inſtitute haben Das miteinander gemein, daß durch richterliche Thätigkeit ein ſelbſtſtändiges neues Recht entſteht.

Der Unterſchied aber liegt darin, daß das aus dem Urtheil hervorgehende neue Recht nicht nur auf der Fiction der Wahrheit beruht, ſondern auch auf der Vorausſetzung, daß dieſe Wahrheit wirklich vorhanden ſey, alſo auf der angenommenen Uebereinſtimmung mit dem vorher beſtehenden Rechtszuſtand, ſo daß eine Verſchiedenheit beider Zuſtände nicht abſichtlich geſucht wird, ſondern nur zufällig und nur als unvermeidliches Uebel entſtehen kann (§ 280). Dagegen wird durch die Reſtitution eine Abänderung des beſtehenden Rechtszuſtandes mit Abſicht und Bewußtſein vorgenommen. Inſofern kann man die Reſtitution ein Urtheil von höherer Potenz nennen (a).

Eine zweite Verwandtſchaft findet ſich zwiſchen der Reſtitution und einigen anderen Fällen richterlicher Thätigkeit, wodurch gleichfalls mit Abſicht und Bewußtſein ein vorhandenes Recht abgeändert wird. Dahin gehört die rescissio inofficiosi testamenti durch das Centumviralgericht (ſpäter durch andere Richter), und die adjudicatio, in welcher der Theilungsrichter die verlangte Auflöſung einer Gemeinſchaft durch abſichtliches Geben und Nehmen von Eigenthum, ſowie durch Errichtung von Servituten (alſo durch abſichtliche Beſchränkung eines vorhandenen Eigenthums) bewirken kann. Beide Inſtitute beziehen ſich auf das eigenthümliche Bedürfniß einzelner Rechtsverhältniſſe, und

(a) S. o. B. 6 S. 265. — Es findet ſich alſo in beiden Rechtsinſtituten der Begriff der Fiction angewendet, aber in verſchiedener Bedeutung (§ 280. 316).

unterſcheiden ſich von der Reſtitution dadurch, daß in ihnen von der Herſtellung eines früheren Zuſtandes, die das Grundweſen der Reſtitution ausmacht, niemals die Rede iſt. — Näher verwandt mit der Reſtitution iſt in dieſer Hinſicht die Begnadigung eines verurtheilten Verbrechers durch die höchſte Regierungsgewalt im Staate. Bei dieſer wird allerdings, eben ſo wie bei der Reſtitution, der gegenwärtige Rechtszuſtand abſichtlich verändert durch Herſtellung eines früheren Zuſtandes; es geſchieht Dieſes auch hier nicht in Anwendung einer aufgeſtellten Rechtsregel, und durch das gewöhnliche Richteramt, ſondern mit Rückſicht auf den Gegenſatz der Billigkeit zum ſtrengen Recht, und durch die eingreifende Machthandlung einer hochſtehenden Obrigkeit. Soweit ſteht alſo die Begnadigung mit der hier darzuſtellenden Reſtitution völlig auf gleicher Linie. Der durchgreifende Unterſchied aber beſteht in den Gegenſtänden der Herſtellung, alſo in der Natur der Rechtsverhältniſſe, worauf ſich hier und dort die Herſtellung bezieht, indem die Reſtitution privatrechtliche Zuſtände herſtellt, alſo dem Privatrechte angehört, anſtatt daß die Begnadigung dem öffentlichen Rechte anheim fällt, alſo ganz außer den Gränzen des gegenwärtigen Rechtsſyſtems liegt.

Eine dritte Verwandtſchaft endlich findet ſich zwiſchen der Reſtitution und den oben (§ 315) dargeſtellten Fällen, worin durch Klagen und Einreden ein früherer Rechtszuſtand hergeſtellt wird. Dieſe Fälle haben mit der Reſtitution gemein ſowohl den Zweck, welcher in der Herſtellung eines

früheren privatrechtlichen Zustandes besteht, als den Grund dieser Herstellung, der in dem Verhältniß der Billigkeit zum strengen Recht zu suchen ist. Nicht nur diese Gemeinschaft des Zweckes und Grundes muß anerkannt und festgehalten werden, sondern auch die zusammenhängende historische Entwicklung dieser Rechtsinstitute, welche sehr deutlich in der Anordnung des Edicts und der Digesten hervortritt (b). Dagegen ist die zur Erreichung jenes Zweckes führende Rechtsform durchaus verschieden. In den oben dargestellten Fällen dienten dazu Klagen und Einreden, die eben so, wie alle andern, von den gewöhnlichen Richtern geprüft und entschieden werden durch die Anwendung der dafür aufgestellten Rechtsregeln, also durch die Anerkennung eines kraft dieser Regeln bestehenden Rechtes. Bei der Restitution ist eine solche zur Anwendung fertige Regel nicht vorhanden; vielmehr ist es der Prätor, welcher eine solche Regel nach dem Bedürfniß jedes einzelnen Falles gleichsam neu erfindet, und so den bestehenden Rechtszustand durch seine Macht verändert, um einen früheren herzustellen.

In die ganze Lehre von der Restitution ist nun von jeher die größte Verwirrung dadurch gebracht worden, daß man die Restitution mit den oben erwähnten Klagen zusammen geworfen hat, anstatt in der Darstellung beiderlei Rechtsinstitute streng auseinander zu halten. Um den durch-

(b) Der zweite und dritte Titel des vierten Buchs der Digesten handeln nur wenig und beiläufig von der Restitution, und stehen dennoch mitten in der Restitutionslehre.

greifenden Unterſchied beider Behandlungsarten vollſtändig zur Anſchauung zu bringen, bedarf es blos des folgenden Rückblicks auf den ſo eben dargeſtellten Zuſammenhang der Reſtitution mit anderen Rechtsinſtituten. Das eigenthümliche Weſen der Reſtitution läßt ſich von zwei Seiten auffaſſen. Ihr Zweck beſteht in der Herſtellung eines früheren Rechtszuſtandes durch Aenderung des jetzt beſtehenden. Ihre Form, oder das Mittel zur Erreichung jenes Zweckes, beſteht in dem Eingreifen richterlicher Macht in beſtehende Rechtsverhältniſſe. Es kommt nun darauf an, ob man den einen, oder den anderen dieſer Geſichtspunkte als den vorherrſchenden behandeln will, dem die ganze Lehre von der Reſtitution untergeordnet werden ſoll. Wählt man den erſten, ſo muß die Reſtitution als ein einzelnes Glied in der Kette der durch Billigkeit bewirkten Herſtellungen früherer Zuſtände angeſehen, alſo mit der actio doli und quod metus causa, conſequenterweiſe auch mit den meiſten Condictionen zuſammen geſtellt werden (§ 315). Wählt man den zweiten, ſo ſind alle dieſe Klagen in den beſonderen Theil des Obligationenrechts einzureihen (c), die Reſtitution aber iſt, wie es im Anfang des gegenwärtigen §. ausgeſprochen iſt, dem richterlichen Urtheil an die Seite zu ſtellen. Dieſe zweite Behandlungsart ſchließt ſich völlig an die Auffaſſung der Römiſchen Juriſten an, und iſt die einzige, wodurch

(c) Vgl. Göſchen Vorleſungen I. S. 531.

eine sichere Einsicht in die Quellen des Römischen Rechts gewonnen werden kann (d).

Die eben gerügte Vermischung wesentlich verschiedener Rechtslehren ist theils veranlaßt, theils befördert oder beschönigt worden durch mehrere Stellen Römischer Juristen, die sich von einem ungenauen Sprachgebrauch nicht ganz frei gehalten, sondern den Namen der in integrum restitutio auf Fälle angewendet haben, die diesem eigenthümlichen Rechtsinstitut in der That nicht angehören. Indem dieser ungenaue Sprachgebrauch der Quellen selbst hier anerkannt und nachgewiesen werden soll, muß jedoch die Bemerkung vorausgeschickt werden, daß man denselben weit übertrieben, und oft auch da wahrzunehmen geglaubt hat, wo derselbe in der That nicht zu finden ist.

So kann vor Allem ein ungenauer Sprachgebrauch durchaus nicht behauptet werden, von den sehr zahlreichen Stellen, worin restituere die das Unrecht aufhebende, und die gehemmte Ausübung des Rechts herstellende, Handlung einer dem Berechtigten gegenüber stehenden Privatperson bezeichnet (§ 315); es mag nun diese Handlung aus ganz freiem Willen hervorgehen, oder durch eine Aufforderung des

(d) Burchardi § 1 stellt einen ganz willkürlichen Begriff von Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auf, unter welchen er dann, außer der wahren Restitution, auch die Condictionen, die actio doli und quod metus causa, so wie noch vieles Andere, zusammenstellt. So nimmt er nachher auch die zwei zuletzt genannten Klagen in sein System der Restitution mit auf. Eine ausführliche und überzeugende Widerlegung dieses Verfahrens findet sich bei Schröter S. 157 bis 160.

Richters veranlaßt ſeyn (e), oder durch die Verurtheilung des Richters zwangsweiſe auferlegt werden (f).

Dieſes iſt der regelmäßige, unentbehrliche, durch keinen anderen Ausdruck zu erſetzende Sprachgebrauch. Auch liegt in demſelben durchaus keine Gefahr der Verwechſelung mit unſerer prätoriſchen in integrum restitutio, da ja Niemand darauf fallen kann, dieſe Handlung des Prätors mit jener Thätigkeit einer Privatperſon zu verwechſeln, wenngleich zur Bezeichnung beider durchaus verſchiedener Thätigkeiten daſſelbe Wort restituere verwendet wird.

Eben ſo kann ein ungenauer Sprachgebrauch nicht eingeräumt werden für diejenigen Stellen, worin die Begnadigung eines verurtheilten Verbrechers durch die höchſte Regierungsgewalt (den Kaiſer oder den Senat) als eine in integrum restitutio bezeichnet wird (g). Denn es iſt ſchon oben bemerkt worden, daß die Begnadigung eines Ver-

(e) Dieſes gilt von den arbiträren Klagen, in Folge der in die Formel eingerückten Beſchränkung der Verurtheilung: nisi restituas. S. o. B. 5 § 221.

(f) § 2 *J. de off. jud.* (4. 17): „sive contra possessorem, jubere ei debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus."

(g) *L.* 1 § 9. 10 *de postul.* (3. 1) „Deinde adjicit Praetor: Qui ex his omnibus ... in integrum restitutus non erit ... et putat, de ea restitutione sensum, quam Princeps vel Senatus indulsit." (Beſonders entſcheidend über die innere Gleichartigkeit iſt die auf dieſe Worte folgende Vergleichung mit der prätoriſchen Reſtitution,). — *L.* 1 *C. de sent. passis* (9. 51): „ ... tunc Antoninus Aug. dixit: Restituo te in integrum provinciae tuae, et adjecit: Ut autem scias, quid sit in integrum restituere, honoribus, et ordini tuo, et omnibus ceteris te restituo." — *L.* 1 § 2 *ad L. J. de amb.* (48. 14) „Qua lege damnatus si alium convicerit, in integrum restituitur: non tamen pecuniam recipit."

urtheilten ihrem Wesen nach eine wahre in integrum restitutio und mit der prätorischen völlig gleichartig ist, nur mit dem Unterschied, daß sie nicht dem Privatrecht, sondern dem öffentlichen Recht angehört, weshalb auch nur der Besitz der höchsten Regierungsgewalt zum Ausspruch derselben fähig macht. Wenn aber der Kaiser begnadigt, so thut er dieses eben so in Kraft seines Imperium, wie wenn der Prätor im Privatrecht eine Restitution ertheilt. In den hier angeführten Stellen nun (Note g), die aus dem Edikt und aus einem feierlichen Ausspruch des Kaisers herrühren, ist an einen nachlässigen, ungenauen Sprachgebrauch gar nicht zu denken.

In folgenden Stellen dagegen findet sich in der That ein solcher ungenauer Sprachgebrauch, worin der Name der in integrum restitutio auf Fälle angewendet wird, die nicht zur wahren Restitution gehören.

1. Wenn der Besitzer einer Sache wegen derselben eine Klage von mir erwartet, und diese Sache an einen Dritten veräußert, in der unredlichen Absicht, mich durch die Veränderung des Beklagten in Nachtheil zu bringen, so habe ich gegen den Veräußernden eine Klage auf Entschädigung wegen dieser Veränderung (h), und gerade diese Klage, die

(h) *L.* 1 *pr.* *L.* 4 § 5 *de al jud. mut.* (4. 7). Die Digestenstellen über diesen Rechtssatz sind theils aus Commentaren über das Provinzialedict entnommen (*L.* 1 *eod.*), theils aus Commentaren über das prätorische Edict (*L.* 8 *eod.*). Ohne Zweifel aber waren beide Edicte hierin wesentlich übereinstimmend.

offenbar keine Reſtitution iſt, wird als eine ſolche von Gajus bezeichnet (i), welches wir daher als einen ungenauen Ausdruck anſehen müſſen. In dieſem Fall ließe ſich nun allerdings eine wahre Reſtitution denken, indem die urſprüngliche in rem actio gegen den Veräußernden durch Reſtitution gegen die Veräußerung zugelaſſen würde. Eine ſolche Reſtitution iſt auch wahrſcheinlich durch das Edict dargeboten worden, ſo daß der Verletzte zwiſchen ihr und der perſönlichen Entſchädigungsklage die Wahl haben ſollte (k); daraus erklärt ſich ſowohl die Stellung jener Klage im vierten Buch der Digeſten, als auch der eben gerügte ungenaue (vielleicht interpolirte) Ausdruck des Gajus. Daß aber dieſe Reſtitution ſelbſt in den Digeſten nicht mehr erwähnt wird, erklärt ſich daraus, daß ſie durch einen ſpäteren Rechtsſatz völlig entbehrlich wurde; wer nämlich

(i) *L.* 3 § 4 *eod.* „Ex quibus apparet, quod Proconsul *in integrum restituturum* se pollicetur: ut hac actione officio tantum judicis consequatur actor, quanti ejus intersit alium adversarium non habuisse.“ Offenbar wird hier die Geldentſchädigung als Frucht einer Reſtitution bezeichnet, obgleich ſie mit dieſer nur den allgemeinen Zweck gemein hat, das Vermögen des Berechtigten gegen Schaden zu verwahren. — Es muß aber dahin geſtellt bleiben, wie viel etwa interpolirt ſeyn mag.

(k) Darauf deutet ein Reſcript von Diocletian in *L.* 1 *C. eod.* (2. 55), worin geſagt wird, der Verletzte habe die Wahl, ob er mit der gewöhnlichen Klage in rem gegen den neuen Erwerber klagen wolle, oder aber gegen den Veräußernden. Das letzte wird ſo ausgedrückt: „cum . . . in integrum restitutio *edicto perpetuo permittatur.*“ Es mag dahin geſtellt bleiben, ob der Verfaſſer dieſes Reſcripts unter der Reſtitution die Entſchädigungsklage verſtand (ſo wie Gajus), oder aber den neueren Rechtsſatz von der in rem actio gegen den, qui dolo desiit possidere (Note l).

den Beſitz einer Sache unredlicherweiſe aufgiebt, ſoll nunmehr als Beſitzer behandelt und mit der Klage in rem (auch ohne Reſtitution) belangt werden können (l). Auch jetzt alſo hat der Verletzte Anſpruch ſowohl auf dieſes Recht, als auf die perſönliche Entſchädigungsklage. Wenn aber der Beklagte das erſte Recht freiwillig anerkennt, und ſich als Beſitzer der Klage in rem unterwirft, ſo fällt die Entſchädigungsklage weg, weil dann kein aus der Veräußerung hervorgehender Schade mehr vorhanden iſt (m).

2. Ulpian erwähnt ein Reſcript von Caracalla aus Veranlaſſung einer von den Campanern mit Gewalt erpreßten Urkunde; das Reſcript ſagte: posse eum a Praetore in integrum restitutionem postulare. Dieſer Ausſpruch wurde nun ſowohl von dem Prätor, als von Ulpian ſelbſt ſo ausgelegt, der Gezwungene könne nach Bedürfniß jede denkbare Art des Schutzes in Anſpruch nehmen; zunächſt alſo ſowohl eine Klage, als eine Einrede, wie er es verlangen möge (n). Hier wird der Ausdruck restitutio ſogar auf gewöhnliche Rechtsmittel bezogen, welche mit der wahren Reſtitution nur den äußeren Zweck und Erfolg gemein haben; in den unmittelbar folgenden Worten aber (§ 4)

(l) *L.* 27 § 3. *L.* 36 *pr*, *de R. V.* (6. 1), *L.* 131. *L.* 157 § 1 *de R. J.* (50. 17). Von dem hiſtoriſchen Verhältniß des Edicts über die alienatio judicii mutandi causa zu der ficta possessio deſſen, qui dolo desiit possidere, handelt ausführlich Voorda Interpr. II. 10. Er ſcheint aber die Sache etwas zu ſubtil zu nehmen, und mehr als nöthig für verwickelt anzuſehen.

(m) *L.* 3 § 5 *de al jud. mut.* (4. 7).

(n) *L.* 9 § 3 *quod metus* (4. 2) Vgl. unten § 330 Note d. e.

wird hinzugefügt, daß der Gezwungene, wenn er es begehre, auch eine wahre, eigentliche Reſtitution zu erwarten habe. Alle dieſe Rechte alſo, ſo wie die Auswahl unter denſelben, werden gefolgert aus den Worten des Kaiſers, daß der Gezwungene könne in integrum restitutionem postulare.

3. Eben ſo verhält es ſich mit einem Ausſpruch des Julian, nach welchem die redhibitoria actio für beide Theile gewiſſermaßen die Folge einer in integrum restitutio nach ſich ziehen ſoll (o).

4. Wer durch Betrug bewirkt, daß ihm eine Sache verkauft werde, kann mit der actio venditi zur Entſchädigung gezwungen werden (p). Dieſen Rechtsſatz drückt ein Reſcript ſo aus, als läge darin eine in integrum restitutio (q), woran wiederum nur Das wahr iſt, daß das Vermögen des Verkäufers ſo gut, wie durch eine Reſtitution, gegen Schaden geſchützt wird.

Neuere Schriftſteller haben vorgeſchlagen, die oben (§ 315) erwähnten Klagen, welche nicht Reſtitutionen ſind, als Reſtitutionsklagen zu bezeichnen, um damit auszudrücken, daß dieſelben eben ſo, wie eine wahre Reſtitution, auf die Herſtellung eines früheren Zuſtandes abzwecken (r).

(o) *L.* 23 § 7 *de aed. ed.* (21. 1): Julianus ait, judicium redhibitoriae actionis utrumque, i. e. venditorem et emtorem, quodammodo *in integrum restituere* debere.“

(p) *L.* 13 § 5 *de act. emti* (19. 1), *L.* 14 § 1 *de in diem addict.* (18. 2).

(q) *L.* 10 *C. de resc. vend.* (4. 44): „... contra illum, cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit.“

(r) Burchardi S. 8.

Ich kann diese Bezeichnung aus zwei Gründen nicht räthlich finden. Erstens befördert auch sie die so eben ausführlich gerügte Verwirrung wesentlich verschiedener Rechtslehren. Zweitens aber spielt sie auf bedenkliche Weise hinein in wirklich quellenmäßige Kunstausdrücke, die in der That völlig verschiedene Rechtsbegriffe bezeichnen (s).

§. 317.

Restitution. — Eigenthümliche Natur und innere Entwicklung derselben.

Die Restitution hat eine ganz eigenthümliche, von anderen Rechtsinstituten verschiedene, juristische Natur, deren genaue Feststellung als Grundlage für die folgende Darstellung der einzelnen darauf bezüglichen Rechtsregeln dienen muß. Diese Eigenthümlichkeit derselben muß aber nicht als feststehend, sondern als in steter Bewegung begriffen, aufgefaßt werden. Daher ist zugleich von der inneren Entwicklung dieses Rechtsinstituts genaue Rechenschaft zu geben, welche allein dazu geeignet ist, uns auf den heutigen Standpunkt für die Betrachtung desselben zu führen.

Der oben aufgestellte Begriff der Restitution (§ 316)

(s) Restitutoria actio (judicium) heißt eine Klage, die in der That verloren war, dann aber durch irgend einen Rechtsgrund wiederhergestellt wird, mag nun dieser in einer wahren Restitution bestehen (*L.* 3 § 1 *de eo per quem* 2. 10), oder nicht (*L.* 8 § 9. 12 *ad Sc. Vell.* 16. 1). — Restitutorium interdictum heißt ein auf Rückgabe einer Sache gerichtetes Interdict, im Gegensatz des prohibitorium und exhibitorium. § 1 *J. de interd.* (4. 15).

umfaßt. zwei hervorſtechende Seiten derſelben. Die erſte beſteht in einer ſo freien, perſönlichen Macht des richterlichen Amtes, wie ſie ſich bei anderen Rechtsinſtituten nicht findet. Zwar iſt häufig auch bei gewöhnlichen Klagen von einem freien Ermeſſen (arbitrium) die Rede, welches dabei als zuläſſig, ja als unentbehrlich erſcheint; allein dieſes Ermeſſen wird ſtets von feſten Rechtsregeln beherrſcht, und die demſelben zugeſchriebene Freiheit unterſcheidet ſich weſentlich von der nicht unter ſolcher Herrſchaft ſtehenden Freiheit, welche in der Anwendung der Reſtitution wahrzunehmen iſt. Daher kommen auch bei dem Verfahren über die Ertheilung oder Verſagung der Reſtitution die ſonſt üblichen Namen und Formen von actio, exceptio u. ſ. w. nicht vor. Dieſe eigenthümliche Freiheit des Richteramtes bei der Reſtitution hängt damit zuſammen, daß der Reſtitution zwar auch Rechtsregeln zum Grunde liegen, aber in der Bildung begriffene, noch nicht zur Vollendung gekommene Regeln (§ 316).

Die zweite hervorſtechende Seite der Reſtitution beſteht in der zu ihrer Anwendung ausſchließend berufenen Behörde. Nicht die zum Ausſpruch gewöhnlicher Urtheile berufenen Privatrichter ſollten dazu fähig ſeyn; auch nicht die mit einer wahren, aber untergeordneten, Gerichtsbarkeit verſehenen Municipalobrigkeiten: ſondern in Rom und ganz Italien nur allein der Prätor, alſo der Inhaber der höchſten richterlichen Gewalt. In jeder Provinz freilich wurde dieſer, wie jeder andere Theil der prätoriſchen Gewalt, von dem

Römischen Statthalter ausgeübt, der hier eine eben so unabhängige obrigkeitliche Gewalt hatte, wie in Rom der Prätor.

Die zwei hier dargestellten Eigenthümlichkeiten der Restitution sind aber keinesweges so zu denken, als ob sie blos zufällig neben einander gestanden hätten; vielmehr bedingten sie einander wechselseitig, und konnten nur in dieser ihrer Verbindung erklärt und gerechtfertigt werden.

Die in der Restitution enthaltene, ungewöhnlich freie Macht des richterlichen Amtes war nämlich nicht ohne die Gefahr der Willkür und Ungerechtigkeit, welches auch die Römer nicht verkannten, indem sie die Restitution als eine außerordentliche Nothhülfe nur da zuließen, wo nicht schon gewöhnliche Rechtsmittel ausreichten. Gerade gegen diese Gefahr nun wurde eine Schutzwehr gefunden in der Stellung der zur Restitution ausschließend berechtigten Behörde. Schon Das war wichtig, daß die Restitution nicht in die Hand derselben Personen gelegt wurde, welche die gewöhnlichen Urtheile zu sprechen hatten, der Privatrichter; denn gerade die Vereinigung dieser beiden Thätigkeiten konnte leicht von der unbefangenen Anwendung der reinen Rechtsregeln abführen, und dem Mißbrauch blos subjectiver Ansichten und Gefühle Raum geben. Ein noch stärkerer Schutz aber lag in der eigenthümlichen Stellung der Prätoren. Einem ungerechten Mißbrauch ihres einflußreichen Amtes wurde schon durch die kurze (einjährige) Dauer dieses Amtes entgegengewirkt, nach dessen Beendigung alle

Aussicht auf Macht und Einfluß verloren war, wenn ſie ſich nicht durch parteiloſe Amtsführung das Vertrauen ihrer Mitbürger bewahrt hatten. Nicht zu gedenken, daß auch während ihrer Amtsführung eine große Zahl von gleich oder höher ſtehenden Obrigkeiten, ſo wie von Volkstribunen, neben den Prätoren vorhanden war, deren jeder einzeln durch ſeinen Einſpruch den Verſuch ungerechter Willkür verhindern konnte (a).

Dieſes war das urſprüngliche Verhältniß der Reſtitution, und es iſt darin ein befriedigender Zuſammenhang der verſchiedenen Seiten dieſes Rechtsinſtituts unverkennbar. Es ſind aber nun die großen Veränderungen hinzu zu fügen, die ſich mit demſelben im Laufe der Zeit zugetragen haben.

Dieſe Veränderungen betrafen zunächſt die Beſchaffenheit der zur Reſtitution berechtigten Behörde. Seit der Kaiſerregierung nahmen die Prätoren eine weit untergeordnetere Stellung ein, als zur Zeit der freien Republik. Die Befugniß zur Reſtitution wurde ſpäter auch manchen anderen Klaſſen von Richtern mitgetheilt. Als der alte ordo judiciorum aufgegeben wurde, hörte die perſönliche Trennung der Reſtitution vom Urtheilſprechen auf, und beide Geſchäfte kamen in eine und dieſelbe Hand. Endlich in neueren

(a) S. o. B. 6 Beilage XV. Die hier geſchilderte Schutzwehr gegen den Mißbrauch, den die Prätoren von der Reſtitution machen konnten, war dieſelbe, die es auch ohne Gefahr zuließ, ihnen den höchſt wichtigen Einfluß auf das Recht durch ihre Edicte zu geſtatten, die zwar nicht, wie man früher anzunehmen pflegte, wahre Geſetze waren, aber doch auf ähnliche Weiſe, wie Geſetze, auf das Recht einwirkten. S. o. B. 1 S. 116—119.

Zeiten ist die Ertheilung der Restitution allen Richtern ohne Unterschied überlassen worden (§ 334). Durch diese allmälig eingetretenen Veränderungen nun sind alle oben geschilderten Schutzwehren nach und nach weggefallen, und es scheint, daß die Restitution nunmehr ein für die Rechtssicherheit höchst gefährliches Institut geworden seyn müßte.

Allein es sind seitdem auch von der anderen Seite Veränderungen eingetreten, wodurch diese Gefahr größtentheils beseitigt worden ist.

Dahin gehört zuerst der Umstand, daß seit der Kaiserregierung die Appellation allgemein eingeführt worden ist (Beilage XV). Dieser wurde nun auch die Restitution unterworfen, die in dieser Hinsicht mit gewöhnlichen Urtheilen auf gleiche Linie trat, und seitdem nicht mehr mit der Gefahr verbunden war, eine unabänderliche Ungerechtigkeit herbei zu führen.

Noch wichtiger aber waren in dieser Hinsicht die Veränderungen, die allmälig und unvermerkt in der, mit der Restitution ursprünglich verbundenen, fast unbeschränkt freien Macht eintraten, und wodurch die Gefahr der Willkür zuletzt fast ganz verschwinden mußte.

Schon die Prätoren selbst hatten zwar in einem Fall der Restitution ein völlig freies Ermessen bei der Gewährung oder Versagung sich vorbehalten (b), in anderen Fällen dagegen sehr genaue Bedingungen derselben ausge-

(b) *L.* 1 § 1 *de minor.* (4. 4).

ſprochen (c), und dadurch dieſe Fälle der Reſtitution den gewöhnlichen Rechtsmitteln näher gebracht.

Noch wichtiger aber war es, daß die Prätoren in manchen wichtigen Fällen die früher dargebotene Reſtitution in gewöhnliche Klagen und Einreden umwandelten, alſo die bis dahin unfertige Regel in eine fertige auflöſten, ſo daß in dieſen Fällen von der früheren Reſtitution, außer unbedeutenden Ueberreſten der Anwendung, nur noch ein Andenken übrig bleibt in der Stellung, welche jenen Klagen im Edict und in den Digeſten zu Theil geworden iſt (d).

Endlich bearbeiteten auch die alten Juriſten die Reſtitutionslehre, beſonders in ihren Commentaren über das Edict, worin ſie die langjährigen Erfahrungen über die Anwendung dieſes Rechtsinſtituts niederlegten. Indem ſie nun hier ſehr ausführliche caſuiſtiſche Regeln über die Gewährung und Verſagung der Reſtitution aufſtellten, nahm dieſelbe unter ihren Händen immer mehr die Natur eines gewöhnlichen Rechtsmittels an, und verlor ſo ihren urſprünglichen Charakter, nach welchem ſie der freien Macht der Behörde überlaſſen geweſen war. Dieſes iſt namentlich die Geſtalt, worin wir die Reſtitution in den Juſtinianiſchen Rechtsbüchern vor uns ſehen. Man hätte hier die Reſtitution in ihrer alten Form und Bezeichnung ganz auf-

(c) *L.* 1 § 1 *ex quib. caus.* (4. 6).

(d) Dahin gehören die actiones quod metus causa, doli, und de alienatione judicii mutandi causa. S. o. § 316 Note h bis l.

geben und durch gewöhnliche Klagen (ſo wie es theilweiſe früher durch die actio doli und quod metus causa geſchah) erſetzen können; durch ein ſolches Verfahren hätten wir nur einige geſchichtliche Kenntniß verloren, von dem praktiſchen Rechtsinſtitut ſelbſt aber, wie es im Juſtinianiſchen Recht gemeint war, ein richtigeres Bild erhalten.

So iſt von verſchiedenen Seiten her die Reſtitution im Lauf der Zeiten mehr und mehr den gewöhnlichen Rechtsmitteln angenähert worden, und in dieſer ſehr veränderten Geſtalt iſt ſie als Beſtandtheil des gemeinen Rechts zu uns herüber gekommen. Dennoch hat ſie auch noch in dieſer Geſtalt in der Hand gewöhnlicher, oft untergeordneter Richter nicht ſelten, mehr als andere Inſtitute, die Gefahr von Mißbrauch und Willkür herbeigeführt, beſonders weil ſowohl dieſe Richter, als die Schriftſteller, denen dieſelben folgten, das Römiſche Recht häufig mißverſtanden und irrig anwendeten. Bei unbefangener Betrachtung muß eingeräumt werden, daß dieſes Inſtitut des Römiſchen Rechts weniger, als die meiſten anderen, einen inneren Grund des Fortbeſtehens und der Einwirkung auf den heutigen Rechtszuſtand mit ſich führt. Auch hat daſſelbe in neueren Geſetzgebungen vorzugsweiſe wenig Berückſichtigung und Aufnahme gefunden (e). Das hier ausgeſprochene zuſammenfaſſende

(e) Im Preußiſchen A. L. R. I. 9 § 531 fg. §. 594 kommt die Reſtitution bei der Verjährung vor. Hier hilft das Franzöſiſche Recht einfacher (gleich dem neueren R. R.), indem es die Verjährung in ſolchen Fällen ipso jure hemmt (Code civil art. 2252).

Urtheil über den inneren Werth dieſes Inſtituts im Verhältniß zu unſerm heutigen Rechtszuſtand erhält eine beſondere Beſtätigung durch die Betrachtung der einzelnen Reſtitutionsgründe. Bei der Reſtitution der Minderjährigen wird ihre ſehr bedenkliche praktiſche Seite noch näher nachgewieſen werden (§ 332). Die Reſtitution der Abweſenden hat zwar keine ähnliche allgemeine Gründe gegen ſich; allein das Bedürfniß und die Wichtigkeit derſelben hat ſich ſeit ihrer erſten Einführung ungemein vermindert. Sie war beſonders wichtig als Abhülfe gegen die Gefahren, die aus der kurzen Uſucapion (ein Jahr und zwei Jahre), ſo wie aus vielen kurzen Klagverjährungen entſtanden. Seitdem damit viele und große Veränderungen vorgegangen ſind, iſt auch ſie leichter zu entbehren. Die übrigen Reſtitutionen aber waren ſchon im neueren Römiſchen Recht meiſt durch ordentliche Rechtsmittel erſetzt, und daher als Reſtitutionen nicht mehr wichtig.

Ich faſſe die hier gegebene Rechenſchaft über die innere Entwicklung der Reſtitution in einem kurzen Ueberblick zuſammen. Wir ſahen dieſes Rechtsinſtitut in einem allmäligen, aber fortwährenden Streben zur Selbſtvernichtung, und die neueſte Geſtalt deſſelben zeigt uns wenig Aehnlichkeit mehr mit dem urſprünglichen Weſen deſſelben. Dieſer auffallende Entwicklungsgang aber hat ſeinen Grund nicht etwa darin, daß man den urſprünglichen Gedanken ſpäterhin als irrig und verfehlt anerkannt und darum aufgegeben hätte. Vielmehr iſt darin der natürliche Weg organiſcher

Rechtsbildung wahrzunehmen, indem die Anfangs unfertige, erst durch die freie persönliche Handhabung zu ergänzende, Rechtsregel allmälig in eine fertige und vollendete hinüber geführt, und so das extraordinarium auxilium in ein commune auxilium aufgelöst wurde (f).

Ganz im Widerspruch mit der hier aufgestellten Ansicht behauptet ein neuerer Schriftsteller, die Restitution sey von den Römern im Laufe der Zeit manchen ordentlichen Klagen vorgezogen, und häufiger, als früher, zur Anwendung gebracht worden (g). Sie soll sich besonders beliebt gemacht haben theils durch das schnellere und kürzere Verfahren, theils durch manche praktische Vortheile für den Kläger, wohin vorzüglich der gerechnet wird, daß bei den arbiträren Klagen der Beklagte die Wahl hatte, entweder die Sache selbst herauszugeben, oder sich zur Entschädigung verurtheilen zu lassen, anstatt daß die Restitution stets die verlorene Sache selbst wieder verschaffte (h). — Der Beweis

(f) Es finden sich diese Ausdrücke in *L.* 16 *pr. de minor.* (4. 4).

(g) Burchardi § 19. 20, besonders S. 361—363. 376. 382. Diese Behauptung hat jedoch bei ihm eine blos historische Bedeutung; für das praktische Bedürfniß des heutigen Rechts sieht auch er die Restitution als bedenklich an, und hält eine größere Beschränkung ihres Gebrauchs für wünschenswerth S. 546.

(h) Dieser Vortheil des Beklagten, wenn man es so nennen will, wurde ja aber weit überwogen durch die mit der Verurtheilung für ihn verbundenen Nachtheile S. o. B. 5 S. 123. 124. — Ein anderer praktischer Vortheil, bei der aus Furcht vorgenommenen Antretung- oder Ausschlagung einer Erbschaft, (Burchardi S. 363) ist an sich richtig, gehört aber nicht zu den späteren Ausdehnungen der Restitution, sondern gerade umgekehrt zu ihren sehr mäßigen Ueberresten, nachdem durch die Klage und Einrede wegen Gewalt für die allermeisten Fälle in anderer Art hinreichend gesorgt war.

dieſer Behauptung wird verſucht theils durch ſolche ſchon oben angegebene Stellen, worin in der That der Ausdruck in integrum restitutio auf ungenaue Weiſe gebraucht wird (§ 316), theils durch eine weit größere Zahl von Stellen, deren unbeſtimmte Ausdrücke an ſich ſowohl auf die Reſtitution als auf ordentliche Rechtsmittel bezogen werden können, und die nun willkürlich auf die Reſtitution gedeutet werden. Ein ſolches Verfahren kann nicht als das einer unbefangenen und vorſichtigen Kritik anerkannt werden.

Es iſt ein lebhafter Streit darüber geführt worden, ob die prätoriſche Reſtitution in das Gebiet der Gnade oder des Rechts gehöre. Ein neuerer Schriftſteller nennt ſie einen Gnadenact, eine Gnadenerweiſung, eine beſondere Vergünſtigung, auf welche Niemand ein wahres Recht, ein Recht im juriſtiſchen Sinne des Worts habe (i). Andere haben dieſer Anſicht entſchieden widerſprochen, und die Reſtitution durchaus dem Rechtsgebiet zugewieſen (k).

Wenn man genau zuſieht, was hier unter Gnade verſtanden werden ſoll, ſo wird man ſich überzeugen, daß dieſer Streit mehr den Ausdruck, als das Weſen der Sache, betrifft, alſo eigentlich überflüſſig war. Man kann bei jenem Ausdruck denken an ein Handeln aus bloßer Laune und Willkür, aus heiterer Stimmung, perſönlicher Gunſt,

(i) Burchardi § 1. 3, beſonders S. 7. 20. 40. 41. Note c. Ausführlicher Schröter S. 169—174.

(k) Puchta Pandekten § 100

oder anderen rein subjectiven Antrieben. Daß die Restitution in diesem Sinn jemals als ein Gnadenact gedacht worden sey, wird wohl Niemand behaupten. — Man kann aber jenen Ausdruck auch in einem ernsteren Sinn auffassen, so wie er gedacht wird, wenn von der Begnadigung eines Verbrechers die Rede ist, wobei ja Niemand an dem Gebrauch jenes Ausdrucks Anstoß nimmt. Auch dabei nun würde ein Handeln aus den eben geschilderten Beweggründen höchst verwerflich seyn. Die rechte Begnadigung wird vielmehr nur da eintreten, wo von einem höheren Standpunkt aus die strenge Anwendung des Gesetzes als Unrecht erscheinen würde, mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles. Dieses ist aber derselbe Standpunkt, von welchem aus die Ausgleichung zwischen jus und aequitas durch die Restitution bewirkt werden soll (§ 315 Note d), so daß in diesem Sinn die Restitution füglich ein Gnadenact genannt werden könnte. In der That hat sie auch der angeführte Schriftsteller nur in diesem Sinne so bezeichnen wollen, indem er dadurch das besonders freie Ermessen in der Restitution am besten hervorzuheben glaubte. Daß er nur Dieses meinte, geht unwidersprechlich daraus hervor, daß er zugleich anerkennt, wenn die Bedingungen der Restitution vorhanden waren, sey die Ertheilung derselben eine Amtspflicht des Prätors gewesen, deren Gewährung selbst durch Appellation habe

erzwungen werden können (l). — Da indessen der Ausdruck Gnadenact dem eben dargestellten Mißverständniß Raum giebt, und in der That zu einem unnöthigen und unfruchtbaren Streit geführt hat, und da auch durch die Anwendung jenes Ausdrucks nicht das Geringste gewonnen wird, so ist es allerdings besser, denselben in der Lehre von der Restitution ganz zu vermeiden. Es kommt hinzu, daß auch selbst bei der criminalrechtlichen Restitution der Ausdruck Gnade ohne Zweifel nur dadurch allgemeine und unbedenkliche Anerkennung gefunden hat, daß dieses Recht mit der hohen Stellung des Souverains verbunden ist, eine Stellung, mit welcher doch die des Prätors in keiner Zeit verglichen werden konnte.

§. 318.

Restitution. — Bedingungen. — I. Verletzung.

In der Lehre von der Restitution selbst, wozu durch die bisherige Untersuchung der Grund gelegt werden sollte, sind nunmehr zuerst die Bedingungen aufzustellen, unter welchen ein Anspruch auf diese außerordentliche Rechtshülfe

(l) Bruchordi S. 40. 41. Allerdings paßt zu diesen letzten Zugeständnissen nicht sonderlich die daneben stehende schroffe Verneinung eines auf die Restitution zustehenden wahren Rechts. Vielleicht hat sich der Verfasser durch den Umstand täuschen lassen, daß einem Verbrecher kein Recht auf Begnadigung zuzuschreiben ist. Dieses aber liegt hier, daß die Begnadigung nur dem Souverain zusteht, der in der Ausübung seiner Hoheitsrechte keiner Aufsicht und Verantwortung unterworfen ist.

entsteht; durch diese Bedingungen werden zugleich die einzelnen Arten und Fälle der Restitution bestimmt. Sodann sind die Regeln anzugeben, nach welchen die Restitution zur Ausführung zu bringen ist; die dabei thätigen Behörden; die Parteien, zwischen welchen dieselbe zur Anwendung kommt; das Verfahren, welches dabei beobachtet wird, wozu auch die ihr eigenthümliche Verjährung gehört; endlich die mit diesem Rechtsmittel verbundene Wirkung. — Jenes erste Stück der ganzen Untersuchung läßt sich als der materielle, dieses zweite als der formelle Theil der Lehre von der Restitution bezeichnen.

Die Bedingungen der Restitution sind zunächst in folgender kurzen Uebersicht zusammen zu stellen.

Die erste Bedingung ist eine Verletzung, die durch dieses Rechtsmittel aufgehoben werden soll.

Die zweite ist ein Restitutionsgrund, woraus der Anspruch auf diese außerordentliche Hülfe, als Ausnahme von den gewöhnlichen Rechtsregeln, abzuleiten ist. Die einzelnen Restitutionsgründe bilden zugleich die einzelnen Arten der Restitution selbst.

Die dritte Bedingung endlich besteht in der Abwesenheit derjenigen positiven Ausnahmen, wodurch die Restitution, auch unter Voraussetzung jener ersten Bedingungen, gänzlich ausgeschlossen wird.

Die erſte Bedingung alſo iſt eine erlittene Verletzung (Läſion). Man könnte geneigt ſeyn, darunter eine Rechtsverletzung zu verſtehen, alſo dieſe für die Vorausſetzung zuläſſiger Reſtitution zu halten. Dieſes iſt aber ſo wenig anzunehmen, daß vielmehr im Fall einer wahren Rechtsverletzung (z. B. Raub oder Diebſtahl) die gewöhnlichen Klagen völlig ausreichen werden, wodurch die Reſtitution überflüſſig, alſo unzuläſſig wird.

Unter der Verletzung, als Grundbedingung der Reſtitution, iſt eine wahre Veränderung des Rechtszuſtandes zu verſtehen, und zwar eine ſolche, die einen Nachtheil mit ſich führt für Den, welcher die Reſtitution ſucht (§ 315). Eine wahre Veränderung des Rechtszuſtandes aber kann nur als eine an ſich rechtmäßige, vom Recht anerkannte, gedacht werden, ſonſt würde höchſtens von einer thatſächlichen Aenderung, einer gehemmten Ausübung des Rechts, die Rede ſeyn können.

Eine ſolche Veränderung kann herbeigeführt ſeyn entweder durch Thun oder durch Unterlaſſen. Das Thun heißt in dieſem Fall ein gestum, eine juriſtiſch wirkſame Thätigkeit (a). Die dadurch in Nachtheil gebrachten Perſonen heißen lapsi, capti, circumventi, circumscripti (b);

(a) *L.* 1 § 1. *L.* 7 *pr. de minor.* (4. 4). „Quod cum minore ... gestum esse dicetur. — Gestum accipimus, qualiter qualiter: sive contractus sit, sive quid aliud contigit.“

(b) *L.* 1 *de in int. rest.* (4. 1), *L.* 24 § 1. *L.* 44 *de minor.* (4. 4), *L.* 9 § 4 *de jurej.* (12. 2).

es würde aber irrig ſeyn, dieſe Ausdrücke hier von einer Unredlichkeit des Gegners (einem Betrug) zu verſtehen, die dabei ganz gleichgültig iſt, indem der Nachtheil auch blos durch Leichtſinn oder Unerfahrenheit des Betheiligten ſelbſt entſtanden ſeyn kann (c).

Als Verletzung iſt ferner nicht blos eine ſchon vollendete Verminderung des Rechtszuſtandes anzuſehen, ſondern auch ſchon die Verwandlung eines ſicheren Rechtes in ein zweifelhaftes oder beſtrittenes, da die Verfolgung dieſes letzten wenigſtens Mühe, Koſten, ſo wie die Gefahr des nachtheiligen Ausganges eines Rechtsſtreites nach ſich zieht (d).

Es iſt eine ſehr beſtrittene Frage, ob zur Reſtitution nur allein die Verminderung des ſchon erworbenen Vermögens geeignet ſey, oder auch die verſäumte Vermehrung deſſelben (lucrum). Die Anwendung auf dieſen letzten Fall, alſo die günſtigere und freiere Behandlung, iſt für die Reſtitution der Minderjährigen nach mehreren Stellen unzweifelhaft (e). Da nun für andere Fälle der Reſtitution das

(c) *L.* 11. § 4. *L.* 44. *de minor.* (4. 4). — So heißt es auch; „naturaliter licere contrahentibus se circumvenire (circumscribere).“ *L.* 16 § 4. *de minor.* (4. 4), *L.* 22 § 3 *loc.* (19. 2), mit welchem Ausdruck ein Uebervortheilen ohne Betrug bezeichnet wird, da der Betrug in keinem Fall als erlaubt gedacht werden kann. — Anderwärts werden dieſe Ausdrücke allerdings auch gebraucht, um einen Betrug zu bezeichnen.

(d) *L.* 6 *de minor.* (4. 4) „ . . . cum intersit eorum, litibus et sumtibus non vexari.“ Eine erläuternde Anwendung dieſer Regel findet ſich in *L.* 40 *pr. eod.*

(e) *L.* 7 § 6 *de min.* (4. 4), „Hodie certo jure utimur, ut et in lucro minoribus subveniatur.“ *L.* 44 *eod.*, *L.* 17 § 3 *de usuris.* (22. 1).

Gegentheil gesagt zu seyn scheint (f), so ist daraus von Manchen die Regel gebildet worden, die Minderjährigen seyen gegen Verlust und gegen entbehrten Gewinn zu restituiren, Andere nur gegen Verlust (g). — In der That aber ist der Gegensatz auf einem anderen Punkte zu suchen, und die Minderjährigen stehen hierin mit allen übrigen zur Restitution Berechtigten ganz auf gleicher Linie. Es muß nämlich unterschieden werden zwischen einem solchen Gewinn, wodurch ein Anderer an seinem schon erworbenen Vermögen verkürzt wird, und dem Gewinn, wobei dieser Fall nicht eintritt. Der erste soll niemals Grund einer Restitution werden können, weder für einen Minderjährigen, noch für irgend einen Andern. Daher gilt keine Restitution für die Versäumniß einer Strafklage, durch welche der Beklagte um eben so viel ärmer, als der Kläger reicher, wird (h). Eben so auch gilt keine Restitution, wenn ein

(f) *L.* 18 *ex quib. caus.* (4. 6) „Sciendum est, quod in his casibus restitutionis auxilium majoribus damus, in quibus *rei duntaxat persequendae gratia quaeritur*, non cum et *lucri faciendi* ex alterius poena vel damno auxilium sibi impertiri desiderant."

(g) Puchta, Pandekten § 101 Note d.

(h) *L.* 37 *pr. de min.* (4. 4) (von Minderjährigen). — *L.* 18 *ex quib. caus.*, s. o. Note f; in dieser Stelle liegt der Accent nicht auf lucri faciendi, sondern auf ex alterius poena vel damno. Es ist also die Rede von den zweiseitigen Strafklagen, s. o. B. 5 § 210. — Dieselbe Natur haben die Fideicommißklagen, wenn der belastete Erbe die Auszahlung des Fideicommisses ohne seine Schuld unterlassen hat. Auch für diese soll selbst der Minderjährige keine Restitution erhalten. *L.* 17. § 3 *de usur.* (22. 1).

Erwerb durch Usucapion versäumt wird, weil auch diese Erweiterung des Vermögens nur durch einen gleich großen Verlust in dem Vermögen des bisherigen Eigenthümers bewirkt werden kann (i). — Gegen die Versäumniß desjenigen Gewinns aber, wodurch nicht zugleich einem Anderen schon erworbenes Vermögen entzogen wird, soll allerdings Restitution ertheilt werden, wenn ein Restitutionsgrund vorhanden ist. Dahin gehört der Fall, wenn der Erwerb einer Erbschaft oder eines Legates versäumt worden ist durch Minderjährigkeit (k), oder wenn der ernannte Erbe oder Legatar das ihm zugedachte Recht wegen Abwesenheit im Kriegsdienst eingebüßt hat (l); denn wenn diese durch Restitution in die frühere Lage zurück versetzt werden, so erlangen sie Etwas, was damals noch zu keines anderen Menschen Vermögen gehört hat. Man kann also mit Recht von der Restitution der Abwesenden, eben so, wie von der der Minderjährigen, sagen, daß sie auch auf versäumten Gewinn angewendet werden könne (m), und

(i) *L.* 20 *ex quib. caus.* (4. 6).

(k) *L.* 1. 2 *C. si ut omissam* (2. 40).

(l) *L.* 17 *pr.* § 1. *L.* 41 *ex quib. caus.*

(m) *L.* 27 *ex quib. caus.* (4. 6) „Et sive quid amiserit, *vel lucratus non sit*, restitutio facienda est, etiamsi non ex bonis quid amissum sit.“ Es ist wohl zu bemerken, daß diese Stelle aus demselben Buche herrührt, wie die oben in der Note f abgedruckte *L.* 18 *eod.* (Paul. lib. XII ad Ed.), so daß an einen Widerstreit der alten Juristen unter sich nicht zu denken ist.

zwiſchen beiden Fällen der Reſtitution iſt hierin in der That kein Unterſchied (n).

Die Thatſache der Verletzung, alſo des erlittenen Nachtheils durch Veränderung des Rechtszuſtandes, muß ſo, wie jede andere Thatſache, wenn ſie bezweifelt wird, von Dem, welcher die Reſtitution ſucht, erwieſen werden, und es iſt ganz ohne Grund von Manchen behauptet worden, ein ſolcher Beweis ſey nicht erforderlich, es komme vielmehr blos auf die Behauptung des Nachtheils an (o)

§ 319.

Reſtitution. — Bedingungen. — I. Verletzung. (Fortſetzung.)

Die Natur der Verletzung, welche für jede Reſtitution vorausgeſetzt wird, iſt nun noch zur Anſchauung zu bringen durch eine Ueberſicht der Arten der Rechtsverhältniſſe, in welchen dieſelbe vorkommen, und zu dem Bedürfniß einer Reſtitution hinführen kann (a).

(n) Die hier gemachte Unterſcheidung iſt ſchon aufgeſtellt von Cujacius in Paul. lib. XII ad Ed., opp. T. 5 p. 167. — Auch Burchardi S. 60—69 behauptet ein gleiches Recht der Minderjährigen und der Volljährigen. Ohne Grund aber behandelt er S. 132 die bei den Strafklagen unzuläſſige Reſtitution als eine ganz vereinzelte Ausnahme, welche vielmehr weſentlich in dieſen Zuſammenhang gehört.

(o) *L.* 7 § 3. *L.* 35. 44 *de min.* (4. 4), *L.* 9 § 4 *de jurej.* (12. 2), *L.* 5 *pr. C. de in int. rest. min.* (2. 22), *L.* 1 *C. si adv. vend. pign.* (2 29). — Burchardi S. 57—59. S. 448.

(a) Burchardi § 9, wo über die meiſten dieſer Anwendungen Beweisſtellen in großer Zahl zuſammen geſtellt ſind.

Im Sachenrecht erscheint die Ersitzung als der häufigste Fall einer solchen, die Restitution veranlassenden Verletzung. Wenn nämlich ein Eigenthümer das Eigenthum seiner Sache dadurch verliert, daß ein Anderer dieselbe usucapirt, welches zu verhindern er selbst unterlassen hat, so kann die Restitution gegen diese Unterlassung zur Herstellung des Rechtszustandes führen, welcher vor vollendeter Ersitzung vorhanden war (b). — Dieselbe oder eine ähnliche Natur hat der Verlust einer Servitut durch Nichtgebrauch. — Ferner der Verlust eines prätorischen Erbrechts durch die versäumte Agnitionsfrist. — Endlich würde auch der Verlust eines Klagerechts durch Verjährung ganz dieselbe Natur haben, wenn nicht dafür folgende abweichende Vorschriften gegeben wären. Gegen die dreißigjährige Klagverjährung nämlich soll gar keine Restitution gelten, selbst für Minderjährige nicht; die kürzeren Klagverjährungen sollen während der Minderjährigkeit des Klagberechtigten gar nicht laufen, ohne daß es einer Restitution bedarf; die übrigen Restitutionsgründe sind bei ihnen eben so anzuwenden, wie bei dem Verlust durch Ersitzung oder bei anderen Verletzungen (c).

Im Obligationenrecht findet sich die ausgedehnteste

(b) So bei Minderjährigen *L.* 45 *pr. de min.* (4. 4). — Eben so, wenn die Ersitzung gegen einen Abwesenden, oder umgekehrt von Seiten eines Abwesenden, vorgenommen wird. *L* 1 § 1 *ex quib. caus.* (4. 6).

(c) S. o. B. 3 Beilage VIII. Num. XXVII.

Anwendung der Reſtitution. — Sie kommt vor bei allen Arten von Verträgen, wodurch zum Nachtheil einer Perſon Obligationen gegründet werden können. Insbeſondere alſo bei Kauf und Verkauf, bei Miethverträgen, Societäten. Ferner bei einem aufgenommenen Darlehen, wenn der Empfänger das geliehene Geld ganz oder zum Theil verſchwendet (d). Bei einer Interceſſion für die Schuld eines Anderen (e). Bei dem Compromiß auf einen Schiedsrichter (f). — Eben ſo iſt aber auch die Reſtitution anwendbar auf viele Handlungen, wodurch Obligationen aufgelöſt werden. Dahin gehört von Seiten des Gläubigers die Novation, wenn er durch dieſelbe eine weniger ſichere Art der Schuld, oder einen weniger zahlungsfähigen Schuldner empfängt (g). Ferner die Befreiung des Schuldners durch Acceptilation (h). Der Empfang einer Zahlung, wenn das empfangene Geld verſchwendet wird (i). Von Seiten des Schuldners gehört dahin die Zahlung einer Schuld, die er vermeiden könnte, weil ſie nicht klagbar iſt (k). Ferner das Hingeben einer

(d) *L.* 24 § 4. *L.* 27 § 1 *de min.* (4. 4).
(e) *L.* 50 *de min.* (4. 4).
(f) *L.* 34 § 1 *de min.* (4. 4).
(g) *L.* 27 § 3. *L.* 40 *pr. de min.* (4. 4).
(h) *L.* 27. § 2 *de min.* (4. 4).
(i) *L.* 24 § 4. *L.* 27 § 1. *L.* 47 § 1 *de min.* (4. 4). *L.* 32 § 4 *de admin.* (26. 7). Der Grund iſt derſelbe, wie bei dem empfangenen und verſchwendeten Darlehen, nur ſoll es mit der Reſtitution gegen das Darlehen leichter genommen werden, weil das Geben eines Darlehens willkürlich ſey, die Zahlung der Schuld eine nothwendige Handlung.
(k) *L.* 25 *pr. de min.* (4. 4).

Sache an Zahlungsſtatt, wenn dieſe mehr werth iſt als die Schuld (l).

Im Erbrecht iſt die Reſtitution anwendbar, wenn eine nachtheilige Erbſchaft angetreten wird, und der Erbe davon befreit zu werden verlangt (m). Eben ſo, wenn eine vortheilhafte Erbſchaft ausgeſchlagen iſt, die man nun wieder erwerben möchte, oder wenn die Aquitionsfriſt für ein prätoriſches Erbrecht verſäumt iſt (n). Endlich auch wenn die Erfüllung einer Bedingung verſäumt wird, unter welcher Jemand zum Erben eingeſetzt iſt (o).

Im Familienrecht kommt die Reſtitution vor, wenn eine Arrogation zum Nachtheil des Arrogirten vorgenommen wird, und dieſer hinterher in ſeine frühere Unabhängigkeit hergeſtellt zu werden verlangt (p).

Im Prozeßrecht endlich findet ſich eine beſonders häufige und wichtige Anwendung der Reſtitution (q). —

(l) *L.* 40 § 1 *de min.* (4. 4).

(m) *L.* 6 *de in int. rest.* (4. 1), *L.* 21 § 5 *quod metus* (4. 2), *L.* 7 § 5. 10, *L.* 22, *L.* 29 § 2, *L.* 31 *de min.* (4. 4), *L.* 85 *de adqu. her.* (29. 2). — Nach *L.* 6 § 7 *eod.* könnte man glauben, der erzwungene Antritt einer Erbſchaft ſey ipso jure nichtig, alſo ohne Reſtitution; es iſt aber da wohl von einem ſimulirten, alſo blos ſcheinbaren Antritt, (*fallens* adierit) die Rede. Burchardi S. 366.

(n) *L.* 21 § 6 *qu. met.* (4. 2), *L.* 7 § 10, *L.* 22, *L.* 24 § 2, *L.* 30 *de min.* (4. 4), *L.* 2 *C. si ut omissam.* (2. 40).

(o) *L.* 3 § 8 *de min.* (4. 4).

(p) *L.* 3 § 6 *de min.* (4. 4). Es darf alſo nicht behauptet werden, daß jede capitis deminutio der Reſtitution entzogen ſey, wie es nach *L.* 9 § 4 *eod.* ſcheinen könnte. Burchardi S. 129—132.

(q) *L.* 7 § 4 *de min.* (4. 4). „Sed et in judiciis subvenitur, sive dum agit sive dum convenitur, captus sit.“

Dazu gab beſondere Veranlaſſung der alte Römiſche Prozeß, deſſen theilweiſe ſtrenge und harte Formen häufig zu dem Bedürfniß einer billigen Ausgleichung bloßer Verſehen durch Reſtitution führten. — Aber auch in den Quellen des Juſtinianiſchen Rechts finden ſich viele Anwendungen der Reſtitution auf den Prozeß. Dahin gehört die Reſtitution wegen einer verſäumten Anführung im Rechtsſtreit, wegen einer verſäumten Appellationsfriſt, wegen der unvorſichtigen Zuſchiebung eines Eides, wegen der aus dem Ungehorſam gegen richterliche Verfügungen hervorgehenden Nachtheile (r). — Die wichtigſte Reſtitution dieſer Klaſſe aber iſt die gegen ein rechtskräftiges Urtheil, ſelbſt wenn dieſes von derſelben richterlichen Obrigkeit herrührt, die jetzt die Reſtitution ertheilen ſoll (s). Dieſe Reſtitution hat eine ähnliche Wirkung, wie die Appellation, nämlich wiederholte Prüfung und mögliche Abänderung eines geſprochenen Urtheils (t). Dabei liegt der Gedanke zum Grunde, daß der unterliegende Theil, der die Reſtitution ſucht, durch geſchicktere Führung

(r) *L.* 36 *de min.* (4. 4), *L.* 7 § 11. 12, *L.* 8 *de min.* (4. 4), *L.* 9 § 4 *de jurej.* (12. 2).

(s) *L.* 16 § 5, *L.* 17, *L.* 18, *L.* 29 § 1, *L.* 42 *de min.* (4. 4), *L.* 8 *de in inst. rest.* (4. 1), *tit. Cod. si adv. rem jud.* (2. 27). — Blos eine einzelne Anwendung davon iſt die Reſtitution gegen das possidere jubere. *L.* 15 § 2 *ex. qu. c. majorem* (4. 6), *L.* 15 § 33 *de de damno inf.* (39. 2).

(t) *L.* 42 *de min.* (4. 4), *L.* 18 *de interrog.* (11. 1). Der Unterſchied liegt darin, daß die Appellation den ungerechten Inhalt des Urtheils geltend macht, die Reſtitution das eigene Verſehen des Betheiligten oder den aus dem Benehmen des Gegners entſprungenen Nachtheil. *L.* 17 *de min.* (4. 4).

des Rechtsstreits ein anderes Urtheil herbeigeführt haben würde. — In Anwendung dieser Regel kann auch gegen eine ertheilte Restitution wiederum Restitution gesucht, und so die Wirkung der ersten Restitution entkräftet werden (u). Bezog sich die erste Restitution auf das einfache Rechtsverhältniß zwischen zwei bestimmten Personen, wie z. B. die Aufhebung eines Kaufvertrags, so bedarf es nicht immer der zweiten Restitution; vielmehr kann der Gegner, der die Herstellung des ursprünglichen Zustandes durch Klage verlangt, mit einer bloßen Einrede zurückgewiesen werden, indem es in der freien Willkür des Restituirten steht, die ihm ertheilte Wohlthat unbenutzt zu lassen (v). — Man möchte glauben, auf gleiche Weise könne gegen die Versagung einer Restitution wiederum Restitution verlangt werden. Dieses ist aber in der Regel unzulässig, und es gilt gegen die Versagung blos die Appellation (w), weil sonst eine endlose Wiederholung der Restitutionsgesuche ge-

(u) *L.* 7 § 9 *de min.* (4. 4). Eine einzelne Ausnahme bei den Peculien enthält *L.* 8 § 6 *C. de bon. quae lib.* (6. 61). Burchardi S. 99. 248.

(v) *L.* 41 *de min.* (4. 4), quia cuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt." Anders verhält es sich mit der Restitution gegen den Antritt oder die Ausschlagung einer Erbschaft (*L.* 7 § 9 *de min.*) wegen des unbestimmten Verhältnisses zu vielen verschiedenen Personen.

(w) *L* 1 *C. si saepius* (2. 44). Mit Unrecht behauptet Burchardi S. 95, die *L.* 38 *pr. de min.* (4. 4) stehe damit im Widerspruch und sey daher als Machtspruch des Kaisers anzusehen. Die Sache muß vielmehr so gedacht werden, daß sie durch Appellation an den Kaiser gelangt war, welcher dadurch zur letzten Entscheidung competent wurde.

ſtattet ſeyn würde. Nur ausnahmsweiſe darf auch gegen die Verſagung Reſtitution geſucht werden, wenn dieſes Geſuch durch neue Gründe unterſtützt werden kann (x).

§. 320.

Reſtitution. — Bedingungen. — II. Reſtitutionsgrund.

Die zweite Bedingung jeder Reſtitution iſt ein Reſtitutionsgrund (justa causa), das heißt, ein beſonderer (abnormer) Zuſtand des Verletzten, woraus der Anſpruch auf dieſe außerordentliche Hülfe, als Ausnahme von den gewöhnlichen Rechtsregeln, abzuleiten iſt (§ 318). Auf dieſen Reſtitutionsgrund vorzüglich bezieht ſich die ſehr freie Prüfung der richterlichen Obrigkeit, worin das eigenthümliche Weſen der Reſtitution beſteht. Und nicht blos die thatſächliche Wahrheit des Reſtitutionsgrundes iſt (ſo wie bei jeder gewöhnlichen Klage) Gegenſtand der freien Prüfung, ſondern auch die Frage, ob nach den beſonderen Umſtänden des vorliegenden Falles die Reſtitution als nöthig und räthlich erſcheint (a).

(x) *L.* 2. 3 *C. si saepius* (2.44).

(a) *L.* 3 *de in int. rest.* (4.1): „Omnes in integrum restitutiones causa cognita a Praetore promittuntur: scilicet ut justitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit.“ Schon Johannes in der Gloſſe bemerkt richtig, daß hier verae zugleich den Begriff von justae in ſich ſchließe, alſo nicht auf die blos factiſche Wahrheit zu beſchränken ſey. Daher iſt die von Mehreren vorgeſchlagene Emendation: examinet, et an verae sint, nicht getechtfertigt. Vgl. auch *L.* 11 § 3. *L.* 24 § 5. *L.* 44 *de min.* (4. 4).

Für dieſe richterliche Prüfung aber ſind zwei Geſichtspunkte von vorzüglicher Wichtigkeit. Der erſte Geſichtspunkt geht dahin, daß der beſondere Zuſtand des Verletzten, der den Reſtitutionsgrund ausmacht, in einem Cauſalverhältniß mit der erlittenen Verletzung ſtehen muß. So z. B. iſt ein Minderjähriger zu reſtituiren, wenn er eine ſchlechte Sache gekauft hat, aber nicht, wenn eine gekaufte gute Sache hinterher durch Zufall untergegangen iſt (b); denn dieſer Verluſt konnte bei einem Volljährigen eben ſo eintreten, und war alſo nicht die Folge der aus der Jugend hervorgehenden Unerfahrenheit. Iſt nun dieſer Umſtand ſelbſt zweifelhaft, ſo ſoll auf die ſonſt bekannte Perſönlichkeit des Minderjährigen geſehen werden, ſo daß Der, welcher ſich in anderen Dingen beſonnen und vorſichtig gezeigt hat, nicht ſo leicht reſtituirt werden ſoll (c). — Eben ſo iſt die Reſtitution wegen Abweſenheit zu verſagen, wenn der eingetretene Nachtheil nicht die nothwendige Folge der Abweſenheit war, ſondern durch Beſonnenheit hätte abgewendet werden können (d).

Ein zweiter Geſichtspunkt für die richterliche Prüfung ſoll dahin gerichtet ſeyn, daß nicht blos der einzelne Vortheil oder Nachtheil des Verletzten berückſichtigt werde, ſon-

(b) *L.* 11 § 4 *de min.* (4. 4); eben ſo iſt es bei einer angetretenen Erbſchaft, die an ſich nachtheilig ſeyn, oder erſt durch ſpätere Zufälle nachtheilig werden kann. *L.* 11 § 5 *eod.*

(c) *L.* 11 § 4 *de min.* (4. 4), *L.* 1 *C. qui et adv. quos* (2. 42).

(d) *L.* 15. § 3, *L.* 16, *L.* 44 *ex quib. caus.* (4. 6).

dem zugleich die Geſammtheit der Verhältniſſe. Daher ſoll einem Minderjährigen die Reſtitution nicht ertheilt werden, wenn dieſelbe zwar einen mäßigen einzelnen Nachtheil von ihm abwenden, aber zugleich im Ganzen ſeinen Credit gefährden würde (e).

Es ſind nunmehr die einzelnen im Edict angegebenen Reſtitutionsgründe anzugeben, welche zugleich die Grundlage der, in den folgenden Paragraphen abzuhandelnden, beſonderen Arten der Reſtitution bilden. Ich will damit anfangen, die quellenmäßigen Zeugniſſe für das Daſeyn derſelben zuſammen zu ſtellen.

L. 1 *de in int. rest.* (4. 1) aus Ulpian lib. XII ad Ed.

„... sub hoc Titulo plurifariam Praetor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit (f): sive *metu*, sive *calliditate*, sive *aetate*, sive *absentia* inciderunt in captionem.“

L. 2 *eod.* aus Paulus lib I. Sent.

„Sive per status mutationem, aut justum errorem.“

(e) *L.* 7 § 8 *L.* 24 § 1 *de min.* (4. 4). — Aus demſelben Grunde ſoll die Reſtitution verſagt werden, wenn die Abwendung eines geringfügigen Nachtheils nur mit dem ungleich größeren Nachtheil eines Anderen bewirkt werden kann. *L.* 4 *de in int. rest.* (4. 1). Dagegen iſt es unrichtig, die Reſtitution blos wegen des geringen Betrags der Verletzung zu verſagen. Burchardi § 8 und S. 126.

(f) Ulpian ſagt hier nicht blos, daß in dieſen Fällen der Prätor Reſtitution zu ertheilen pflege (subvenit), ſondern zugleich, daß er dieſe Reſtitution im Edict ankündige *(sub hoc titulo* subvenit).

Paulus Sent. I. 7 § 2 (g).

„Integri restitūtionem Praetor tribuit (h) ex his causis, quae per *metum*, *dolum*, et *status permutationem*, et *justum errorem*, et *absentiam necessariam*, et *infirmitatem aetatis* gestae esse dicuntur.“

Hierzu kommen folgende Titel des vierten Buchs der Digesten, deren Ordnung zugleich zu bemerken ist.

Tit. 2. quod metus causa. (Codex II. 20).
- 3. de dolo malo. (Codex II. 21).
- 4. de minoribus XXV. annis. (Codex II. 22).
- 5. de capite minutis.
- 6. ex quibus causis majores. (Codex II. 51).
- 7. de alienatione judicii mutandi causa facta. (Codex II. 55).

Vier unter diesen Restitutionsgründen kommen überall gleichmäßig vor, und bedürfen daher keiner Rechtfertigung: Zwang, Betrug, Minderjährigkeit, Abwesenheit. — Bei Ulpian aber fehlt zuerst die capitis deminutio. Es wird jedoch unten gezeigt werden, daß dieselbe von jeher nur den Namen und die äußere Form einer Restitution an sich trug,

(g) Dieses Zeugniß kann nicht als ein von dem vorhergehenden verschiedenes und unabhängiges angesehen werden; vielmehr wurden in die Digesten blos einige Worte aus den sententiae des Paulus aufgenommen, um die vorhergehende Stelle des Ulpian zu ergänzen.

(h) tribuit ist an sich zweideutig, es kann die wirkliche Ertheilung der Restitution bezeichnen oder zugleich die Ankündigung derselben im Edict. Da aber die meisten Fälle unzweifelhaft im Edict ausgesprochen waren, so ist die zweite Deutung wahrscheinlicher (Vgl. Note f).

während ihr die charakteriſtiſchen Eigenſchaften einer wahren Reſtitution, das freie Ermeſſen und die kurze Verjährung, gänzlich fehlten. Daraus erklärt ſich befriedigend die Auslaſſung derſelben bei Ulpian. — Es fehlt bei demſelben ferner unter den Reſtitutionsgründen der Irrthum. Vielleicht iſt der Grund dieſer Auslaſſung darin zu ſuchen, daß im Edict der Irrthum als Reſtitutionsgrund nur in einem ganz vereinzelten Fall ausdrücklich erwähnt wurde; das Daſeyn deſſelben hat übrigens keinen Zweifel, und wird gerade von Ulpian ſelbſt in anderen Stellen am beſtimmteſten bezeugt (i). — Endlich fehlt bei Ulpian und bei Paulus die alienatio judicii mutandi causa, die doch in den Digeſten in der Reihe der Reſtitutionstitel mit aufgeführt wird. Allein dieſe war zur Zeit der beiden angeführten Juriſten als Reſtitution gänzlich verſchwunden, indem ihr Zweck auf einem anderen Wege erreicht wurde (§ 316).

Ueber die Zeitfolge, in welcher dieſe Reſtitutionsgründe in das Edict aufgenommen worden ſind, fehlt es an beſtimmten Zeugniſſen. Ich halte es für wahrſcheinlich, daß die Ordnung, in welcher ſie im Edict ſtanden, zugleich die Zeit ihrer Einführung bezeichnet, da ein innerer und praktiſcher Grund dieſer Anordnung gewiß nicht behauptet werden kann. Die Ordnung der Reſtitutionsgründe im

(i) *L.* 1 § 1. 6 *quod falso* (27. 6). — Auch Gajus handelt davon in demſelben lib. IV. ad Ed. prov., worin er die übrigen Reſtitutionsgründe darſtellt. *L.* 10 *eod.*, verglichen mit *L.* 6. 19 *quod metus*, *L.* 6. 8. 23. 28. 28 *de dolo*, *L.* 12. 15. 25. 27 *de min.*, *L.* 1. 8 *de cap. min.*, *L.* 25 *ex qu. c.*, *L.* 1. 3. 7 *de al. jud. mut.*

Edict aber ſtimmte gewiß mit der ſo eben angegebenen Reihefolge der Digeſtentitel überein, welche zugleich in den Titeln des Codex ſich wieder findet. Eine Beſtätigung liegt auch noch darin, daß die Hauptſtellen des Ulpian in der Reſtitutionslehre aus dem lib. XI. und XII. ad Edictum genommen ſind (k); ganz eben ſo die Hauptſtellen des Paulus, und zwar beide gerade in der hier für das Edict vorausgeſetzten Ordnung der einzelnen Reſtitutionsgründe.

Hiernach nehme ich an, daß die einzelnen Reſtitutionsgründe in nachſtehender Zeitfolge in das Edict aufgenommen worden ſind, und daß hieraus zugleich die Reihefolge hervorging, in welcher ſie im Edict ſtanden.

1. Zwang.

2. Betrug. Dieſe zwei Reſtitutionsgründe ſtehen nicht nur in den Digeſten und im Codex, ſondern auch in den oben abgedruckten Stellen des Ulpian und des Paulus, allen übrigen voran; ein anderer, als dieſer geſchichtliche Grund, läßt ſich dafür ſchwerlich angeben. Beide Reſtitutionsgründe ſind aber ſchon frühe durch gewöhnliche Klagen größtentheils entbehrlich gemacht und verdrängt worden, ſo daß ſie jetzt nur noch in kleinen Ueberreſten als Reſtitutionen erſcheinen (§ 316. 317).

(k) Zweifelhaft ſind nur *L.* 2. 4. 6 *de al jud. mut.* (4. 7), die in der Flor. die Inſchrift haben: lib. XIII., (bei Haloander: lib. XII.), während *L.* 10 *eod.* auch in der Flor. überſchrieben iſt: lib. XII.

3. Minderjährigkeit. Steht auch bei Ulpian als dritter Grund.

4. Capitis deminutio.

5. Abweſenheit. Steht bei Ulpian als vierter Grund, weil er die capitis deminutio in ſeiner Ueberſicht übergeht.

6. Alienatio judicii mutandi causa. Als Reſtitutionsgrund ſpäter verſchwunden.

7. Irrthum. War im Edict nur in einem ganz einzelnen Falle erwähnt, wurde aber in den Digeſten aus dem urſprünglichen unzweifelhaften Zuſammenhang, worin dieſer Grund im Edict vorkam, heraus genommen, und in das Vormundſchaftsrecht verpflanzt (Lib. 27 Tit. 6), augenſcheinlich aus Gründen des inneren Zuſammenhangs.

Eine ganz abweichende Anſicht von der hier aufgeſtellten Behauptung über die Zeitfolge der einzelnen Reſtitutionsgründe findet ſich bei dem ausführlichſten neueren Schriftſteller über die Reſtitution (l). Er nimmt als das älteſte Edict das über die Abweſenheit an, aber in einer uns unbekannten, ſpäter verſchwundenen Geſtalt. Darauf folgte das über die Minderjährigen, welches aber nicht vor der Mitte des erſten Jahrhunderts entſtanden ſeyn ſoll. Darauf das gegenwärtige Edict über die Abweſenheit. Die Reſtitutionen wegen Zwang und Betrug ſollen überhaupt nicht im Edict geſtanden haben, ſondern erſt ſehr ſpät durch die Römiſche Praxis eingeführt worden ſeyn, anſtatt daß die

(l) Burchardi S. 148—150. S. 213—217.

perſönlichen Klagen aus Zwang und Betrug ſehr alt geweſen ſeyn ſollen (m). — Die Begründung dieſer abweichenden Meinung hängt großentheils mit der ſchon oben bekämpften Anſicht deſſelben Schriftſtellers von der hiſtoriſchen Entwicklung der Reſtitution überhaupt zuſammen (§ 317 Note g); theilweiſe aber wird ſie auf Vermuthungen geſtützt, denen eine überzeugende Kraft nicht zugeſtanden werden kann.

Die hier aufgeſtellte Anordnung des Edicts über die einzelnen Reſtitutionsgründe kann jedoch für unſer wiſſenſchaftliches Bedürfniß nicht maßgebend ſeyn; vielmehr kommt es hier darauf an, die wichtigſten und reichhaltigſten Reſtitutionsgründe voran zu ſtellen. Ich werde daher die beſonderen Arten der Reſtitution nach folgender Ordnung darſtellen:

1. Minderjährigkeit.
2. Abweſenheit.
3. Zwang.

(m) Von der Reſtitution wegen Betrugs haben wir allerdings keine Edictſtelle übrig, da die *L.* 1 §. 1 *de dolo* (4. 3) augenſcheinlich nur von der actio doli ſpricht. Anders verhält es ſich mit dem Zwang. Denn die Worte des Edicts: Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo. (*L.* 1 *quod metus* 4. 2), ſind ſo allgemein gehalten, daß ſie allerdings wohl von einer Klage oder Einrede gemeint ſeyn konnten, aber eben ſo gut auch von einer Reſtitution, gerade ſo, wie das Edict über die Minderjährigen: uti quaeque res erit, animadvertam (*L.* 1 §. 1 *de min.* 4. 4), welches doch ohne Zweifel von einer Reſtitution, und nur von dieſer, ſprechen wollte.

4. Irrthum.
5. Betrug (n).
6. Antiquirte Reſtitutionsgründe.

§. 321.

Reſtitution. — Bedingungen. — III. Abweſenheit poſitiver Ausnahmen.

Manche Schriftſteller ſtellen eine große Zahl ausgenommener Fälle auf, in welchen die Reſtitution außer Anwendung bleiben ſoll, auch wenn die beiden erſten Bedingungen (Verletzung und Reſtitutionsgrund) vorhanden ſeyen (a). Mehrere dieſer Ausnahmen ſind nur ſcheinbar, indem in den angeblichen Fällen derſelben eine Verletzung gar nicht vorhanden iſt (b); andere haben einen ſo vereinzelten Zuſammenhang mit beſonderen Rechtslehren, daß ſie zweckmäßiger bei dieſen, als bei der Reſtitutionslehre, abgehandelt werden (c). Ich beſchränke mich hier auf diejenigen ausgenommenen Fälle, die eine allgemeinere Beſchaffenheit haben, und eben dadurch zugleich eine vollſtändigere Einſicht in die Natur der Reſtitution ſelbſt gewähren.

(n) Ich ſtelle den Betrug hinter den Irrthum, weil er in der That nur ein qualificirter Irrthum iſt, und weil auf dieſe Weiſe die Reſtitution wegen Betrugs beſſer zur Anſchauung gebracht werden kann.

(a) So z. B. Burchardi § 10.

(b) Dahin gehören z. B. die Fälle der *L.* 1 *C. si adv. dom.* (2. 39), und der *L.* 11 *C. de transact.* (2. 4).

(c) Dahin gehört z. B. die wichtige Regel, daß gegen die dreißigjährige Klagverjährung keine Art der Reſtitution zugelaſſen werden ſoll, ſ. o. B. 3 Beil. VIII. Num. XXVII.

1. Es soll keine Restitution gegeben werden gegen die nachtheiligen Folgen von Delicten, es mögen nun öffentliche Verbrechen oder Privatdelicte seyn (d). — Im Allgemeinen folgt Dieses schon daraus, daß die Restitution vorzugsweise zum Schutz gegen Nachtheile durch ein Rechtsgeschäft (gestum) eingeführt ist (§ 318 Note a), unter welchen Begriff die Delicte nicht gehören. Bei öffentlichen Verbrechen folgt es auch daraus, daß deren Bestrafung nicht zum Geschäftskreise der die Civilgerichtsbarkeit leitenden Prätoren gehörte, die allein Restitution ertheilten.

Nur bei blos culposen Delicten scheint die Restitution allerdings zulässig zu seyn. Ganz ausdrücklich wird dieser Unterschied anerkannt bei der Umgehung der Zölle (commissum); deren Bestrafung soll im Fall der bloßen Culpa durch Restitution abgewendet werden können (e). Dasselbe Princip aber scheint eine, freilich dunkle, Stelle des Codex allgemein auszusprechen (f). Dann müßte die, in einer anderen Stelle scheinbar allgemein ausgedrückte, Verfagung

(d) *L.* 9 § 2 *de min.* (4 4), über die Worte damnum decidere vgl. *L.* 17 § 1 *de pact.* und oben B. 5 S. 570. — *L.* 9 § 3 *eod.*, *L.* 37 § 1 *eod.*; in den Worten: nisi quatenus etc. liegt keine Hinweisung auf Restitution, sondern nur auf eine mitleidige Rücksicht bei arbiträren Strafen. — *L.* 1. 2 C. *si adv. del.* (2. 35).

(e) *L.* 9 § 5 *de min.* (4. 4). *L.* 16 § 9 *de public.* (39. 4).

(f) *L.* 1 *C. si adv. del.* (2.35) „. . . si tamen delictum *non ex animo*, sed extra venit. . . in integrum restitutionis auxilium competit." Die Worte sed extra müßten dann von der Culpa erklärt werden. Haloander's Lesart sed *ex contractu* macht die Stelle gewiß nicht deutlicher.

der Reſtitution gegen die actio legis Aquiliae auch auf die Fälle böswilliger Verletzung beſchränkt werden (g).

2. Eine ganz gleichartige Ausnahme iſt vorgeſchrieben für diejenigen Verbindlichkeiten aus Verträgen, bei welchen dem Schuldner eine Unredlichkeit zur Laſt fällt (h). Als Beiſpiel dieſer Ausnahme wird der Fall angeführt, wenn ein freier Minderjähriger ſich unredlicherweiſe als Sklave verkaufen ließ, um an dem Gewinn aus dem Kaufpreiſe Theil zu nehmen (i).

3. Eine Reſtitution kann ferner nicht ertheilt werden, wenn das zum Nachtheil veränderte Rechtsverhältniß, ſeiner eigenthümlichen Beſchaffenheit nach, einer Herſtellung nicht unterworfen werden kann. In Anwendung dieſer Regel ſollte niemals eine ertheilte Freilaſſung durch Reſtitution entkräftet werden können (k). — Als Erweiterungen oder

(g) *L.* 9 § 2 *de min.* (4. 4). Der innere Zuſammenhang der ganzen Stelle iſt dieſer beſchränkenden Erklärung günſtig. — Man könnte noch einwenden, daß auch das culpa divertere keine Reſtitution zulaſſe. (*L.* 9 § 3 *de min.*) Allein dieſes erklärt ſich aus der Verbindung mit dem adulterium *L.* 37 § 1 *eod.*); auch beſteht das culpa divertere meiſt in vorſätzlichen Handlungen, ſo daß hier der Ausdruck culpa durchaus nicht im Gegenſatz gegen dolus bezeichnen ſoll. — Bei dem Inceß gilt die Entſchuldigung durch Irrthum verbunden mit Jugend. *L.* 38 § 7 *ad L. J. de adult.* (48. 5), *L.* 4 *C. de incest.* (5. 5).

(h) *L.* 9 § 2 *de min.* (4. 4). Hier wird der dolus in contractibus als ganz gleichartig mit den Delicten behandelt.

(i) *L.* 9 § 4 *de min.* (4. 4).

(k) *L.* 9 § 6 *de min.* (4. 4). *L.* 7 *pr. de dolo* (4. 3) (am Ende der Stelle). *L.* 1. 2. 3 *C. si adv. lib.* (2. 31). Nicht als Beſchränkung dieſer Regel kann es gelten, wenn in *L.* 10 *de min.* geſagt wird: „nisi ex magna causa hoc a principe fuerit consecutus“;

Entwicklungen dieſer Regel müſſen noch folgende Beſtimmungen angeſehen werden. Auch der Verkauf eines Sklaven war der Reſtitution nicht unterworfen, wenn der Käufer den erkauften Sklaven freigelaſſen hatte (l). Auch ein rechtskräftiges Urtheil, welches die Freiheit eines angeblichen Sklaven ausſprach, ſollte nicht durch Reſtitution umgeſtoßen werden können (m).

Dagegen war allerdings zuläſſig die Reſtitution gegen ein Rechtsgeſchäft, wodurch erſt eine künftige Freilaſſung herbeigeführt werden ſollte (n). Eben ſo konnte der Verletzte durch mancherlei Entſchädigungsklagen geſchützt werden, auch gegen den Freigelaſſenen ſelbſt, wenn derſelbe bei dieſer Gelegenheit noch nach der Freilaſſung unrechtmäßige Handlungen verübt hatte (o). Nur aus der Zeit des Sklavenſtandes war nach allgemeineren Grundſätzen eine Klage gegen den Freigelaſſenen nicht zuläſſig (p).

dieſes iſt blos eine hiſtoriſche Notiz über die zuweilen vorkommende ungewöhnlich freie Anwendung der kaiſerlichen Macht in Rechtsſachen.

(l) *L.* 48 § 1 *de min.* (4. 4).

(m) *L.* 9 *de appell.* (49. 1). *L.* 4 *C. si adv. lib.* (2. 31).

(n) *L.* 11 § 1. *L.* 33 *de min.* (4. 4).

(o) *L.* 11 *pr. L.* 48 § 1 *de min.* (4. 4).

(p) Aus den Handlungen der Sklaven entſtand nach ihrer Freilaſſung, wenn es Verträge waren, nur eine naturalis obligatio ohne Klage, wenn es Delicte waren, gegen Fremde eine klagbare, gegen den Herrn ſelbſt gar keine Obligation, ſ. o. B. 2 S. 424. 428. — Man könnte einen Zweifel ziehen aus dem etwas undeutlichen letzten Satz der *L.* 3 *C. si adv. lib.* (2. 31), indem man nämlich die Worte: ratio vestra laesa sit auf eine vor der Freilaſſung nachläſſig oder unredlich geführte Rechnung bezöge. Allein ſie können eben ſo gut auf die Rechnungsführung nach der Freilaſſung gedeutet werden; ja dieſe Deutung

Die hier dargeſtellte Ausnahme von der Zuläſſigkeit der Reſtitution iſt von Manchen ſo ausgedehnt worden, als ob ſie auf alle Verhältniſſe des Familienrechts bezogen werden müßte. Die Unrichtigkeit dieſer Auffaſſung ergiebt ſich daraus, daß gegen die Arrogation unzweifelhaft allerdings die Reſtitution zuzulaſſen iſt (§ 319).

Dagegen muß allerdings die Zuläſſigkeit der Reſtitution gegen die Schließung einer Ehe verneint werden (q). Im Römiſchen Recht findet ſich davon keine Spur, und obgleich wegen der Leichtigkeit der Scheidung der Vortheil der Reſtitution weniger groß war, als er in unſerm heutigen Recht ſeyn würde, ſo wäre doch auch für die Römer die Wirkung einer durch Scheidung und einer durch Reſtitution aufgehobenen Ehe in manchen Beziehungen verſchieden geweſen. — In den Zuſammenhang unſres heutigen Eherechts aber paßt die Reſtitution durchaus nicht, die hier zwiſchen der Nichtigerklärung und der Scheidung gewiſſermaßen in der Mitte ſtehen würde. Beſonders einleuchtend wird Dieſes, wenn man die einzelnen Reſtitutionsgründe erwägt. In den Fällen des Zwanges und des Betrugs nehmen wir die Nichtigkeit der Ehe an. Für die Reſtitution

iſt ſogar nothwendig, weil jene Worte blos die buchſtäbliche Wiederholung eines weit älteren Reſcripts ſind (*L.* 10 *C. de admin.* 5. 37), worin ſie gar keinen anderen Sinn haben können. Durch dieſe Wiederholung des älteren Reſcripts ſollte blos auf ſehr überflüſſige Weiſe die geſuchte Belehrung nach allen Seiten hin vervollſtändigt werden.

(q) Burchardi S. 142, und die daſelbſt angeführten Schriftſteller. Puchta Pandekten § 107 Num. 2.

alſo würde eigentlich nur der Fall der Minderjährigkeit übrig bleiben, welcher unter Vorausſetzung einer unvortheilhaften, leichtſinnigen Ehe die Reſtitution herbeiführen, und den minderjährigen Gatten in die Lage zurück verſetzen würde, in welcher er ſich befände, wenn er gar keine Ehe geſchloſſen hätte. Dieſe Wirkung wäre ſtärker, als die einer Scheidung, und es wäre gewiß höchſt inconſequent, dieſe ſtärkere Wirkung aus weit geringfügigeren Gründen zu geſtatten, als diejenigen ſind, an welche das gemeine Recht der Proteſtanten die Eheſcheidung knüpft. Vollends aber würde mit den Grundſätzen des katholiſchen Eherechts die Zulaſſung einer ſolchen Reſtitution völlig unvereinbar ſeyn.

4. Endlich ſoll auch die Reſtitution nicht gegeben werden, wenn ſchon die allgemeinen Rechtsregeln ausreichen, um jede Verletzung abzuwenden (r); denn nun fehlt das Bedürfniß der in der Reſtitution liegenden außerordentlichen Hülfe, und es kann das Daſein einer Verletzung als Grundbedingung der Reſtitution (§ 318) gar nicht behauptet werden.

In Anwendung dieſer Regel iſt die Reſtitution als überflüſſig zu verſagen bei allen nichtigen Verträgen, z. B. wenn ein Unmündiger ohne Genehmigung des Vormundes einen Vertrag ſchließt (s). Ferner wenn ein Min-

(r) *L.* 16 *pr. de min.* (4. 4). „Nam si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium". *Tit. Cod. in quib. caus.* (2. 41).

(s) *L.* 16 *pr.* § 1. 3 *de min.* (4. 4).

derjähriger die Klagverjährung ſeines Schuldners, die weniger als dreißig Jahre dauert, ablaufen läßt; denn da dieſe kürzeren Verjährungen gegen minderjährige Klagberechtigte ipso jure nicht laufen, ſo bedarf es dagegen keiner Reſtitution.

Dagegen iſt dieſe Regel nicht anzuwenden auf ſolche Fälle, worin neben der Reſtitution auch eine gewöhnliche Klage dem Verletzten zuſteht, die ihm aber einen minder vollſtändigen oder minder ſicheren Schutz gewährt, da die Reſtitution nicht blos gegen die unmittelbare Verminderung unſres Rechtszuſtandes Schutz gewähren ſoll, ſondern auch gegen die Verwandlung eines ſicheren Rechts in ein zweifelhaftes und ſtreitiges, deſſen endliches Schickſal alſo ungewiß iſt (t).

Unmündige und Minderjährige ſind ſehr gewöhnlich in der Lage, Verletzungen ſowohl durch Reſtitution, als durch die actio tutelae gegen den Vormund abwenden zu können. Man könnte daher glauben, in ſolchen Fällen wäre die Reſtitution durch das ordentliche Rechtsmittel der Klage ausgeſchloſſen. Es iſt aber ausdrücklich vorgeſchrieben, daß ſie nicht nur zwiſchen beiden Schutzmitteln unbedingt die Wahl haben, ſondern ſelbſt die einmal getroffene Wahl hinterher willkürlich umändern können (u). Dieſes iſt auch

(t) Burchardi S. 107. — Dahin gehört die *L.* 16 §. 2 *de min.* (4. 4), deren Erklärung ſehr beſtritten iſt. Vgl. o. B. 3 S. 463, und Burchardi S. 102. S. oben §. 318 Note g.

(u) *L.* 45 § 1 *de min.* (4. 4), *L.* 3. 5 *C. si tutor* (2. 25). — Nicht ſteht mit dieſen Stellen im Widerſpruch *L.* 39 §. 1 *de min.* (4. 4), welche am Schluß die Zahlungsfähigkeit der Curatoren

keinesweges eine Abweichung von den eben dargestellten Vorschriften (v), sondern vielmehr eine reine, einfache Anwendung derselben. Denn die actio tutelae ist bedingt durch den Beweis einer eigenthümlichen Verschuldung des Vormundes (w), dessen Führung stets unsicher ist, und wodurch also der Erfolg dieser Klage weit unsicherer wird, als der Erfolg der Restitution.

§. 322.

Restitution. — Einzelne Gründe. — I. Minderjährigkeit.

Nachdem die allgemeinen Bedingungen der Restitution angegeben worden sind, sollen nunmehr die besonderen Arten derselben dargestellt werden, deren Zusammenhang mit den einzelnen Restitutionsgründen schon oben (§ 320) bemerkt worden ist.

An die Spitze dieser einzelnen Restitutionsgründe stelle ich die Minderjährigkeit, weil in ihr das ganze Institut

gar nicht als Grund und Bedingung der vorhergehenden Entscheidung angiebt. Auch geht diese Entscheidung selbst gar nicht auf Verfagung der Restitution, sondern auf Zulassung derselben, nur unter Voraussetzung der Erstattung der Auslagen an den Gegner. Ohne diese Erstattung aber erhielte ja der Minderjährige eine Bereicherung auf fremde Kosten, wozu die Restitution niemals führen soll, s. o. §. 318 Note h.

(v) Manche behaupten mit Unrecht nicht nur eine solche Abweichung, sondern sie gehen noch weiter, indem sie annehmen, die Minderjährigen könnten nach dem neuesten Recht Restitution suchen ohne alle Rücksicht auf das Daseyn irgend eines ordentlichen Rechtsschutzes. Göschen Vorlesungen I. S. 537. 538. 557.

(w) *L. 1 pr. de tutelae* (27.3), „praestando dolum, culpam, et quantam in rebus suis diligentiam."

der Restitution in größter Vollständigkeit und Ausbildung erscheint. Auch haben die Römischen Juristen Vieles, das von ihnen als allgemeines Recht der Restitution überhaupt gedacht war, blos bei Gelegenheit dieses besonderen Falles der Anwendung, als des häufigsten und wichtigsten, vorgetragen. Es erscheint diese Restitution in den verschiedensten Gestalten, angewendet auf nachtheiliges Thun und Lassen jeder Art.

Veranlassung zu derselben gab die sehr eigenthümliche Lage der Römischen Jugend, indem nach alten Rechtsgrundsätzen Jeder, der nicht unter der väterlichen Gewalt stand, nur bis zur Zeit der Geschlechtsreife einem Vormund untergeben war, von dieser Zeit an aber sich selbst überlassen, also allen Gefahren der Unerfahrenheit und des jugendlichen Leichtsinns ausgesetzt blieb. Gegen diese Gefahren wurden nun im Laufe der Zeit mancherlei Schutzmittel durch Rechtsinstitute versucht (a). Zuerst drohte die Lex Plätoria Strafen gegen Die, welche den Mündigen, der noch nicht fünf und zwanzig Jahre zurück gelegt hatte, unredlich übervortheilen würden, und führte dadurch den Begriff einer gesetzlich begränzten Zwischenzeit zwischen der Pubertät (14 und 12 Jahre) und 25 Jahren ein (b).

a) Vergl. oben B. 3 § 111, und Savigny von dem Schutz der Minderjährigen, Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft B. 10 S. 232—297, besonders S. 258 bis 261.

(b) legitima aetas, minores (XXV annis) und majores; Minderjährige, im Gegensatz der Unmündigen (die allerdings auch Minderjährige sind) und der Volljährigen.

Hieran anknüpfend versprach später der Prätor den Minderjährigen den viel durchgreifenderen Schutz durch Restitution gegen jede Verletzung, die ihnen durch ihr Alter zugezogen werden könnte; und dieses Schutzmittel ist es, welches nunmehr genauer dargestellt werden soll (c). Noch später wurde für die Minderjährigen eine allgemeine Curatel zur Verwaltung ihres Vermögens eingeführt, ähnlich der Tutel der Unmündigen, dennoch in wichtigen Stücken davon verschieden.

Der Grundgedanke dieser Restitution ging also dahin, die Mündigen unter 25 Jahren, die nach altem Rechtsgrundsatz völlig freie Macht über ihr Vermögen hatten, gegen sich selbst in Schutz zu nehmen, indem die nachtheiligen Folgen ihrer eigenen Handlungen und Unterlassungen durch Restitution beseitigt werden sollten (d).

Allmälig aber ging man über jenen Grundgedanken weit hinaus, und gestattete die Restitution der Minderjährigen auch in Fällen, worin das oben dargestellte Bedürfniß durchaus nicht vorhanden war.

So wurde diese Restitution auch den Unmündigen gewährt. Zwar für ihre eigenen nachtheiligen Handlungen be-

(c) Die Zeit der Einführung dieser Restitution ist ungewiß; sie kann aber sehr alt seyn. S. oben § 320.

(d) *L.* 1 *pr. de min.* (4. 4). „... quum inter omnes constet, fragile esse et infirmum hujusmodi aetatum consilium, et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum, auxilium iis Praetor hoc edicto pollicitus est et adversus captiones opitulationem."

durften Dieſelben niemals einer Reſtitution, indem ſolche Handlungen ſchon an ſich ſelbſt unwirkſam waren. Allein gegen die Nachtheile, die ſie durch die Handlungen oder Unterlaſſungen ihrer Vormünder erlitten, ſollten ſie Reſtitution erhalten (e), obgleich auf dieſen Fall der Grund, welcher die Reſtitution der Minderjährigen veranlaßt hatte, ganz und gar nicht paßte. — Auf gleiche Weiſe wurde auch den mündigen Minderjährigen, deren Vermögen unter die Verwaltung von Curatoren geſtellt war, Reſtitution gegen die Handlungen dieſer Curatoren ertheilt (f).

In allen dieſen Fällen alſo war das urſprüngliche Bedürfniß einer ſolchen Reſtitution weit überſchritten worden (g); ja ſeit der allgemeinen Einführung einer Curatel für Minderjährige war ein ſolches Bedürfniß überhaupt nur noch in ſehr beſchränktem Maße übrig geblieben.

Dieſes Letzte aber muß noch in höherem Grade behauptet werden von dem Standpunkte des heutigen gemeinen Rechts aus. Zuerſt deswegen, weil jetzt eine und dieſelbe Vormundſchaft vom früheſten Lebensalter an bis zum vollendeten fünfundzwanzigſten Jahre fortdauert, mit gleichen

e) *L.* 29 *pr.* § 1, *L.* 38 *pr.*, *L.* 47 *pr. de min.* (4. 4). — *L.* 2. 3. 5 *C. si tutor* (2. 25). — *L.* 4. 5 *C. si adv. rem jud.* (2. 29). — Dieſe Reſtitution bezieht ſich nun ſowohl auf die eigene Verwaltung des Vormundes, als auf die von demſelben ertheilte auctoritas.

(f) Beides natürlich nur dann, wenn der Tutor oder Curator etwas verſehen hatte, nicht, wenn deſſen zweckmäßige Handlung zufälligen Nachtheil herbeiführte (§ 320 Note b). Vergl. Puchta Vorleſungen S. 213.

(g) Burchardi S. 260.

Befugnissen, und ohne Unterscheidung von Tutel und Curatel (h). Zweitens auch aus dem Grunde, weil nach dem heutigen Recht der weit ausgedehntere obrigkeitliche Einfluß auf die Vormundschaft der Minderjährigen einen Schutz anderer Art gewährt (i), wodurch der außerordentliche Schutz der Restitution entbehrlich wird.

Bei unbefangener Erwägung dieser Umstände muß man sich überzeugen, daß ein innerer Grund des Fortbestehens der Restitution der Minderjährigen nicht mehr vorhanden ist. Für die Sicherheit derselben muß vielmehr durch die Verbesserung des Vormundschaftsrechts gesorgt werden, worin freilich noch viel zu leisten übrig bleibt. Höchstens könnte daran gedacht werden, die Fälle noch etwas zu erweitern, in welchen schon das Römische Recht die Minderjährigen ipso jure von solchen Nachtheilen frei erklärte, welche außerdem bei manchen Versäumnissen eintreten (§ 324); eine eigentliche Restitution aber ist hier gewiß nicht mehr an ihrer Stelle.

§. 323.

Restitution. — Einzelne Gründe. — I. Minderjährigkeit. (Fortsetzung.)

Für die Anwendung dieser Restitution auf einzelne Rechtsverhältnisse muß die allgemeine Bemerkung voraus

(h) Savigny Zeitschrift B. 10 S. 296. 297.

(i) Dieser Einfluß zeigt sich sowohl in der Bestellung der Vormünder, als in der fortgehenden Aufsicht auf die Verwaltung, vorzüglich nach dem besonderen Recht einzelner Länder.

geſchickt werden, daß hier ein noch freieres richterliches Ermeſſen, als bei den meiſten übrigen Reſtitutionsgründen, unentbehrlich iſt. Denn bei dieſen (wie bei Zwang, Betrug, Irrthum) geht ſchon aus ihrem Begriff die Mangelhaftigkeit des einzelnen Rechtsgeſchäfts hervor, gegen welches Reſtitution geſucht wird. Nicht ſo bei der Minderjährigkeit, die nur die allgemeine Möglichkeit mangelhafter Eigenſchaften eines Rechtsgeſchäfts begründet, während das wirkliche Daſeyn derſelben erſt aus der Prüfung jedes einzelnen Herganges erkannt werden kann (§ 320 Note c). Allerdings muß, wenn eine Reſtitution wegen Zwang oder wegen Minderjährigkeit geſucht wird, die Thatſache des Zwanges eben ſowohl bewieſen werden, als die Thatſache der Minderjährigkeit. Aus dem erwieſenen Zwang aber folgt dann die Mangelhaftigkeit des erzwungenen Geſchäfts von ſelbſt, anſtatt daß aus der erwieſenen Minderjährigkeit noch gar nicht folgt, daß das Geſchäft ein leichtſinniges, unüberlegtes, und deshalb mangelhaftes war, wenngleich es ſich hinterher als nachtheilig in ſeinen Folgen dargeſtellt hat.

Die einzelnen Anwendungen aber auf Verhältniſſe des Sachenrechts, des Obligationenrechts u. ſ. w. ſchließen ſich ganz an die, ſchon oben (§ 319) zuſammen geſtellten, allgemeinen Regeln an, welche gerade bei der Minderjährigkeit vollſtändiger, als bei anderen Reſtitutionsgründen, vorkommen. Hier ſind alſo nur noch diejenigen Fälle und Verhältniſſe

hervorzuheben, in welchen bei der Minderjährigkeit besondere Bestimmungen nöthig gefunden worden sind.

1. Veranlassung zur Restitution kann unter Anderm der Empfang einer Zahlung werden, wenn der Empfänger das empfangene Geld verschwendet oder verliert, z. B. durch Diebstahl (§ 310 Note i). Gegen diese Gefahr wurden bei minderjährigen Gläubigern neben der Restitution mancherlei Schutzmittel angewendet, namentlich Zahlung an einen Curator, worauf der Schuldner bestehen konnte, oder auch Niederlegung des gezahlten Geldes in einem Tempel. Dadurch wurde die Gefahr des Verlustes vermindert, also die Restitution meist factisch ausgeschlossen; eine unbedingte Ausschließung der Restitution lag darin nicht (a). Justinian fügte als neues Schutzmittel die Vorschrift hinzu, daß Kapitalzahlungen nur in Folge eines, dieselben gestattenden, richterlichen Erkenntnisses geleistet werden sollten; unter dieser Voraussetzung sollten sie recht sicher vorgenommen werden können (b). Man hat diese Vorschrift gewöhnlich als Aenderung des früheren Rechts, und als unbedingte Ausschließung der Restitution aufgefaßt (c); es ist aber dazu kein Grund vorhanden. Vielmehr sollte durch diese neue Form nur noch mehr Schutz gegen die Gefahr des Verlustes verschafft werden, wodurch dann das Bedürfniß der Restitution von selbst wegfällt (d).

(a) *L.* 7 § 2 *de min.* (4. 4), *L.* 1 *C. si adv. solut.* (2. 33).

(b) *L.* 25 *C. de admin.* (5. 37), § 2 *J. quibus alienare* (2. 8).

(c) Burchardi S. 248.

(d) Göschen Vorlesungen I. S. 557. Eigentlich stimmt mit dieser Ansicht auch Puchta überein,

2. Beſonders erwähnt wird der Fall, wenn der Gläubiger eines Minderjährigen Pfänder verkauft, die nicht der Minderjährige ſelbſt, ſondern deſſen Erblaſſer beſtellt hatte. Gegen dieſen Verkauf ſoll der Minderjährige höchſtens Klagen gegen den Verkäufer oder gegen die Vormünder haben können, wenn dazu die Umſtände geeignet ſind; eine Reſtitution gegen den Käufer ſoll er nicht erhalten, und er ſoll gegen dieſen überhaupt nur klagen können, wenn derſelbe an einem unredlichen Verkauf wiſſentlich Theil genommen hat (e). Man hat dieſe Regel mit Unrecht ſo aufgefaßt, als ob darin eine poſitive Ausnahme von der Reſtitution der Minderjährigen enthalten wäre, und zugleich eine Aenderung des früheren Rechts (f). Eine poſitive Ausnahme iſt es nicht, denn die Reſtitution bezieht ſich nur auf Geſchäfte der Minderjährigen oder ihrer Vertreter; der erwähnte Verkauf aber iſt nicht ein Geſchäft des Minderjährigen, ſondern des aus eigenem Rechte handelnden Gläubigers. Auch läßt ſich nicht behaupten, daß hierin früher ein anderes Recht gegolten haben ſollte (g).

Pandekten § 103 Note i und Vorleſungen S. 213. Daß er in Juſtinian's Geſetz eine Modification des älteren Rechts annimmt, ſteht damit nicht im Widerſpruch, denn die in dieſem Geſetz vorgeſchriebene Form war allerdings eine neue und poſitive Maßregel zur Sicherheit.

(e) *L.* 2 *C. si adv. vend. pign.* (2. 37), *L.* 2 *C. de praed. fisc.* (5. 71).

(f) Burchardi S. 229. 249. 250.

(g) Man hat dafür folgende Stelle des Paulus I. 9 § 8 geltend machen wollen: „Minor adversus distractiones eorum pignorum et fiduciarum, quas pater obligaverat, *si non ita, ut oportuit, a creditore distractae sunt*, restitui in integrum potest.“ Allein es iſt durchaus nicht nöthig, dieſe Worte von einem materiell

3. Eine besondere Rücksicht verdient der Fall, wenn das minderjährige Alter zusammentrifft mit einer persönlichen Abhängigkeit des Minderjährigen von fremder Gewalt, wenn also die Frage entsteht von der Restitution gegen die Handlung eines minderjährigen Kindes in väterlicher Gewalt, oder eines minderjährigen Sklaven.

Für den Fall der väterlichen Gewalt gilt die einfache und durchgreifende Regel, daß der Minderjährige selbst gegen alle ihn treffende Nachtheile Restitution erhält, der Vater aber keinen Vortheil davon haben soll (h). — Wenn also der Minderjährige Etwas zu erwerben versäumt oder ausschlägt, das nach allgemeinen Grundsätzen durch ihn in des Vaters Vermögen gekommen wäre, so ist dagegen keine Restitution zulässig (i). Anders, wenn derselbe ein Legat oder eine Erbeinsetzung ausschlägt, die ihm nach des Vaters Tod zufallen sollten, oder ein rein persönliches, nicht zum gewöhnlichen Vermögen gehörendes Recht, wie das Legat eines jus militiae (k). Eben so, wenn er einen Erwerb unterläßt, der zum castrense peculium gehört haben würde, oder aus einem solchen Etwas veräußert. Wenn Dieses nach dem Tode des Minderjährigen an den Vater zurück-

nachtheiligen, zu wohlfeilen Verkauf zu verstehen. Das non ita, ut oportuit deutet vielmehr auf die vernachlässigte Form des Pfandverkaufs, und dabei hat das Recht der Anfechtung keinen Zweifel.

(h) *L.* 3 § 4, *L.* 23 *de min.* (4. 4).

(i) *L.* 38 § 1 *de min.* (4. 4),

(k) *L.* 3 § 7. 8 *de min.* (4. 4). Das jus militiae gehörte zu den anomalischen Rechten auf unmittelbare Lebensversorgung (S. o. B. 2 §. 72).

fällt, ſo kann auch der Vater die Reſtitution erhalten, wozu der Sohn berechtigt geweſen wäre, gerade ſo, wie ein eigentlicher Erbe (welches hier der Vater allerdings nicht iſt) die Reſtitution ſeines minderjährigen Erblaſſers geltend machen kann (l).

Wenn eine minderjährige Ehefrau in väterlicher Gewalt ſteht, ſo hat ſie die Ausſicht, daß bei der Trennung der Ehe die Dos an ſie zurückfällt; entweder indem alsdann die väterliche Gewalt ſchon aufgehört hat, oder indem ſie ihre Mitwirkung zur Dotalklage ſo lange verweigert, bis der Vater ſtirbt. Wenn ſie aber während der Ehe in eine Stipulation des Vaters auf Rückgabe der Dos an ihn einwilligt, ſo verwandelt ſich dadurch das Recht auf die Dos in eine gewöhnliche Vertragsforderung, wodurch jene Ausſicht der Frau zerſtört iſt. Daher liegt in der eben erwähnten Einwilligung eine eventuelle Veräußerung eigener Vermögensanſprüche, gegen welche Veräußerung die minderjährige Frau reſtituirt werden kann (m).

Wenn der in väterlicher Gewalt ſtehende Minderjährige eine Schuld contrahirt, ſo iſt dadurch ſtets er ſelbſt klagbar

(l) *L.* 3 § 9. 10 *de min.* (4. 4) Dieſe Stelle wird dadurch etwas undeutlich, daß zuerſt die beſondere Anwendung (aus Pomponius) vorgetragen wird, dann der allgemeine Grundſatz, wodurch jene Anwendung erſt Licht erhält. Cujacius in L. β de in int. rest., Opp. T. 1 p. 589. — Durch die Verkennung dieſes ganz ſicheren logiſchen Zuſammenhangs läßt ſich Burchardi S. 240 verleiten, dem Vater an dem gewöhnlichen Peculium ein quaſi-erbſchaftliches Recht zuzuſchreiben, welches der Natur deſſelben völlig widerſpricht.

(m) *L.* 3 § 5 *de min.* (4. 4).

verpflichtet, sowohl während der väterlichen Gewalt, als nach der Auflösung derselben (n). Daneben aber kann auch der Vater verklagt werden; insbesondere, wenn er Auftrag zur Uebernahme der Schuld gab, mit der actiō quod jussu, wenn der Sohn ein Peculium hat, mit der actio de peculio (o). Nach dem oben aufgestellten Grundsatz nun kann der Minderjährige, wenn er aus jener Schuld verklagt wird, Restitution verlangen, der Vater kann gegen die actio quod jussu oder de peculio keine Restitution verlangen (p).

Im Allgemeinen nun werden diese Sätze als richtig anerkannt, nur wird davon gewöhnlich folgende Ausnahme behauptet. Wenn der minderjährige Sohn mit Bewilligung des Vaters ein Darlehn aufnimmt, so soll gegen die Klage auf diese Schuld auch selbst der Sohn keinen Anspruch auf Restitution haben. Allein diese Ausnahme kann nicht als richtig eingeräumt werden (q).

Weit einfacher stellte sich die zuletzt abgehandelte Frage bei einem minderjährigen Sklaven. Dieser war aus seinen

(n) S. o. B. 2 S. 54.

(o) *L.* 1 *quod cum eo* (14. 5).

(p) *L.* 3 § 4 *de min.* (4. 4). — Nach der älteren Meinung des Gajus sollte auch der Vater die Restitution haben, wegen seines Interesse an dem Peculium. *L.* 22 *pr. eod.* Vgl. Göschen Vorlesungen I. S. 552. — Auch deutet Ulpian in der zuerst angeführten Stelle darauf hin, daß früher abweichende Meinungen über diese Frage bestanden.

(q) Die Stellen, woraus man sie herleitet, sind *L.* 3 § 4 *de min.* (4. 4) und *L.* 2 *C. de fil. fam. min.* (2. 23). Die Untersuchung dieser Streitfrage findet sich in der Beilage XVIII. am Ende dieses Bandes.

Verträgen weder während des Sklavenſtandes, noch nach der Freilaſſung verpflichtet, hatte alſo dabei gar kein eigenes Intereſſe und kein Bedürfniß der Reſtitution. War aber der Herr aus ſolchen Verträgen verpflichtet, ſo hatte er eben ſo wenig Anſpruch auf Reſtitution, als der Vater gegen die Verträge des minderjährigen Sohnes (r).

Nur in Einem Fall konnte von der Reſtitution eines minderjährigen Sklaven die Rede ſeyn, und hier wurde ſie auch wirklich gegeben. Wenn demſelben die Freiheit als Fideicommiß angewieſen war, und er ſich wegen dieſes Fideicommiſſes in ein nachtheiliges Geſchäft einließ, ſo erhielt er dagegen Reſtitution (s).

§. 324.

Reſtitution. — Einzelne Gründe. — I. Minderjährigkeit. (Fortſetzung.)

In mehreren Fällen haben Minderjährige keinen Anſpruch auf Reſtitution; dieſe Fälle aber ſind von verſchiedener, ja entgegengeſetzter Natur.

Einige derſelben ſind ſo zu denken, daß die Minderjährigen die Reſtitution wegen einer durchgreifenderen Rechtshülfe nicht bedürfen, indem der Nachtheil, der bei einem Volljährigen allerdings eintreten würde, den Minderjährigen ipso jure gar nicht treffen ſoll. — Dahin gehören folgende Fälle:

(r) *L.* 3 § 11. *L.* 4 *de min.* (4. 4).

(s) *L.* 5. *de min.* (4. 4).

1. Die Verjährung einer dem Minderjährigen zustehenden Klage, wenn dieselbe eine kürzere Frist, als dreißig Jahre, hat (a).

2. In der Regel entsteht die Mora nur durch Mahnung des Schuldners. Wenn also ein minderjähriger Gläubiger diese Mahnung unterläßt, so würde er gegen diese Versäumniß restituirt werden können, er wird es aber nicht, weil sein Schuldner ipso jure in Mora ist (b).

3. Die Veräußerung gewisser Arten von Grundstücken, wenn sie ohne obrigkeitliches Decret geschieht, da dieselbe nun an sich nichtig ist (c).

Andere Fälle dagegen sind so zu behandeln, daß dem Minderjährigen gegen eine erlittene Verletzung gar keine Rechtshülfe, also auch nicht die Restitution, gewährt werden soll, so daß er nun den Schaden unabwendlich zu tragen hat.

A. Minderjährige können mit zwanzig oder achtzehn Jahren, je nach der Verschiedenheit des Geschlechts, vom Souverän für volljährig erklärt werden (d). Dieses hat zunächst und hauptsächlich die Folge, daß sie frei von Vormundschaft werden, und die eigene Verwaltung ihres Ver-

(a) *L.* 5 *C. in quib. caus.* (2. 41). Gegen die dreißigjährige Klagverjährung ist jede Art von Restitution unzulässig. S. o. B. 3 S. 421. 425.

(b) *L.* 3 *C. in quib. caus.* (2. 41).

(c) *L.* 11 *C. de vraed.* (5. 71), *L.* 2 *C. de fid. min.* (2. 24). — Die Veräußerung mit einem solchen Decret unterliegt nach denselben Stellen der gewöhnlichen Restitution.

(d) *L.* 2 *C. de his qui. ven.* (2. 45)

mögens erlangen; deswegen gehört die genauere Darſtellung dieſes Rechtsinſtituts in die Lehre von der Vormundſchaft. Hier aber muß die beſondere Folge erwähnt werden, daß der Minderjährige für ſeine ſpäteren Handlungen keine Reſtitution erhalten ſoll (e). Dieſe Beſtimmung verſteht ſich nicht von ſelbſt, hat vielmehr eine poſitive Natur, indem ein ſolcher Minderjähriger auch wohl ſo behandelt werden könnte, wie wenn er vor der venia aetatis gemeinſchaftlich mit dem Curator gehandelt hätte, in welchem Fall er ja auch Reſtitution erhielt. — Gegen die Ertheilung der venia aetatis aber kann Reſtitution verlangt werden, da das Geſuch derſelben allerdings noch in die Zeit der reinen, unmodificirten Minderjährigkeit fällt (f).

B. Wenn ein Rechtsgeſchäft durch Eid beſtärkt, der Eid aber ſeiner Form nach gültig iſt, ſo ſoll der Minderjährige keine Reſtitution dagegen erhalten (g).

C. Der Minderjährige, der ſich unredlicherweiſe für volljährig ausgiebt, hat keinen Anſpruch auf Reſtitution gegen das auf dieſe Weiſe eingegangene Rechtsgeſchäft (h). Dieſe Vorſchrift iſt eine Folge der oben aufgeſtellten allgemeineren Regel, nach welcher die Minderjährigen überhaupt keine Reſtitution erhalten ſollen gegen irgend einen in Rechtsgeſchäften verübten Betrug (§ 321 Note h).

(e) *L.* 1 *C. eod.* Das Verbot der Veräußerung ohne Decret (Note c) hört durch die venia aetatis nicht auf. *L.* 3 *C. eod.*

(f) *L.* 1 *C. eod.*

(g) S. o. § 309 Note g. — Zur gültigen Form des Eides gehört die Mündigkeit des ſchwörenden Minderjährigen, ſo wie die Abweſenheit des Zwanges.

(h) *L.* 2. 3 *C. si minor.* (2. 43).

Der bloße Irrthum des Gegners über das Alter des Minderjährigen, selbst wenn dessen eigener Irrthum hinzutritt, ist kein Hinderniß der Restitution (i). Hat aber der Minderjährige seine Volljährigkeit aus Irrthum eidlich bestätigt, so ist die Restitution unzulässig (k).

D. Gegen die Klagverjährung von dreißig oder mehr Jahren wird auch dem Minderjährigen keine Restitution gegeben (Note a).

Ganz unrichtig wäre die Annahme, daß die Restitution der Minderjährigen ausgeschlossen werde durch die obrigkeitliche Bestätigung eines Rechtsgeschäfts. Allerdings wird dadurch in den meisten Fällen factisch die Restitution ausgeschlossen seyn, weil es an einer, aus den Mängeln des jugendlichen Alters entstandenen Verletzung fehlen wird (l). Allein grundsätzlich ist die obrigkeitliche Bestätigung kein Hinderniß der Restitution. Dafür beweist die zulässige Restitution gegen den Verkauf eines Grundstücks mit obrigkeitlicher Genehmigung (Note c), eben so gegen die venia aetatis (Note f), und gegen den Empfang einer Zahlung in Folge eines richterlichen Erkenntnisses (§ 323 Note d).

(i) *L.* 1. 3. 4 *C. si minor.* (2. 43).

(k) Dieses ist jetzt eine Folge der unter B. angegebenen allgemeinen Ausnahme. Früher wurde so unterschieden: der mündliche Eid über die Volljährigkeit sollte die Restitution gänzlich ausschließen, der schriftliche nur mit Vorbehalt eines durch Urkunden (nicht durch Zeugen) zu führenden Beweises der Minderjährigkeit. *L.* 3 *C. si minor.* (2. 43).

(l) So ist zu verstehen *L.* 7 § 2 *de min.* (4. 4).

Die Reſtitution der Minderjährigen iſt ſpäterhin auf folgende andere Fälle geſetzlich ausgedehnt worden.

Zuerſt haben die respublicae dieſes wichtige Recht erhalten (m), d. h. alle politiſche Corporationen, Stadtgemeinden jeder Art, und nach unſerer Verfaſſung gewiß auch alle Dorfgemeinden (n).

Dann iſt daſſelbe Recht auch den kirchlichen Corporationen gegeben worden, den Kirchen und Klöſtern (o).

Viele Schriftſteller behaupten nun aber noch viele andere, eben ſo wichtige als bedenkliche Ausdehnungen. Die Reſtitution der Minderjährigen ſoll nämlich auch geſtattet werden allen Corporationen überhaupt, namentlich der wichtigſten unter allen, dem Fiscus. Ferner den Wahnſinnigen, Verſchwendern und anderen bevormundeten Perſonen. Dieſe Meinung hat auch in der Praxis häufig Eingang gefunden (p). Dabei liegt die abſtracte Behauptung zum Grunde, daß die Reſtitution der Minderjährigen allen Denen gebühre, deren Angelegenheiten von

(m) *L.* 4 *C. quib. ex caus.* (2. 54). „Respublica minorum jure uti solet: ideoque auxilium restitutionis implorare potest. Vgl. *L.* 9 *de appell.* (49 1), *L.* 3 *C de j. reip.* (11. 29), *L.* 1 *C. de off. ejus* (1, 50). — Burchardi S. 257.

(n) Burchardi S. 261.

(o) Kirchen. *C.* 1. 3 *X. de in int. rest.* (1. 41). — Klöſter. *C.* 6 *eod.*, *C.* 11 *X. de reb. eccl.* (3. 13).

(p) Glück B. 6. § 465, die daſelbſt und bei Burchardi S. 259. 263 angeführten Schriftſteller. Göſchen § 188 und Buchta § 103 u. erzählen blos die häufige Praxis, ohne ſich ſelbſt über die Sache auszuſprechen. Burchardi a. a. O. erklärt ſich entſchieden dagegen.

fremden Händen verwaltet werden. Erwägt man aber, daß die Restitution der Minderjährigen eingeführt war für deren eigene Handlungen, und daß schon die Ausdehnung auf die Handlungen ihrer Stellvertreter weder besonders begründet, noch in ihren Folgen heilsam war (§. 322), so wird man um so mehr geneigt seyn müssen, jede weitere Ausdehnung zu verwerfen. Die Ausdehnung auf die politischen und kirchlichen Corporationen war eine besondere Begünstigung, ein Privilegium, dessen Anwendung auf andere Fälle im Wege bloßer Abstraction völlig unzulässig ist. Die auf so irriger Theorie beruhende häufige Praxis ist denn auch nicht dazu geeignet, den erwähnten Rechtssatz zu begründen.

Die erwähnten Zustände der Corporationen, der Wahnsinnigen, der Verschwender, haben mehr wahre Analogie mit dem Zustand der Abwesenden, als der Minderjährigen. Bei der Restitution der Abwesenden werden wir darauf zurück kommen (q), und da diese überhaupt in weit engere Grenzen der Anwendung eingeschlossen ist, so ist auch die Ausdehnung derselben weniger bedenklich.

§. 325.

Restitution. — Einzelne Gründe. — II. Abwesenheit.

Die Hauptregeln, worauf dieser, sehr verschiedenartige Fälle umfassende, Restitutionsgrund beruht, sind folgende:

(q) S. unten am Ende des § 328.

I. Wer während ſeiner Abweſenheit Etwas unterläßt, und dadurch einen Verluſt an Rechten erleidet, ſoll dagegen Reſtitution erhalten.

II. Wer wegen der Abweſenheit eines Andern Etwas unterläßt, und dadurch ſelbſt einen Verluſt an Rechten erleidet, ſoll dagegen Reſtitution erhalten (a).

Die hier genannten Fälle ſind aber erweitert worden durch die gleichartige Behandlung vieler anderen ähnlichen Zuſtände. Einige dieſer Zuſtände wurden ſchon vom Prätor im Edict unmittelbar namhaft gemacht. Andere wurden durch die Juriſten oder die Praxis der Gerichte hinzugefügt, fanden jedoch ihre Begründung ſchon in einer allgemeinen, auf ſolche Erweiterungen hindeutenden Clauſel deſſelben Edicts. — Ich habe den Ausdruck: Abweſenheit als gemeinſame Bezeichnung aller dieſer Fälle gewählt, weil gerade der Fall der Abweſenheit im Edict vorangeſtellt iſt, und auch in der That den Grundbegriff bildet, an welchen ſich die übrigen Fälle nach dem Geſetz der Analogie anſchließen. Ganz eben ſo bezeichnen auch Ulpian und Paulus dieſen Fall der Reſtitution allgemein als absentia (b). Andere Stellen der Römiſchen Juriſten erwähnen dieſe ganze Art der Reſtitution nicht ſelten als restitutio

(a) Dieſelbe Zuſammenſtellung beider Hauptklaſſen von Fällen findet ſich in zwei Stellen des Ulpian: *L.* 1 *pr.* *L.* 21 *pr. ex qu. c.* (4. 6).

(b) *L.* 1 *de in int. rest.* (4. 1), Paulus I. 7 § 2.

majorum, und auch der Digestentitel, der davon handelt, führt die allgemeine Ueberschrift: ex quibus causis *majores XXV annis* in integrum restituuntur. Hiernach möchte man glauben, es habe überhaupt außer der Restitution der Minderjährigen nur noch diese einzige Art der Restitution gegeben, da doch auch die Restitutionen wegen Zwang, Betrug und Irrthum ohne Rücksicht auf das Alter ertheilt wurden, und daher eben so, wie die der Abwesenden, als restitutiones *majorum* bezeichnet werden konnten. Es erklärt sich diese Ausdrucksweise aus dem Umstand, daß zur Zeit der alten Juristen, aus deren Schriften die Digesten größtentheils entstanden sind, die drei anderen eben genannten Fälle in der Lehre von der Restitution so sehr im Hintergrund standen (§ 320), daß man bei einer Uebersicht dieses Instituts im Großen füglich die Minderjährigkeit und die Abwesenheit als die einzigen erheblichen Fälle der Anwendung in's Auge fassen durfte (c).

Diese Art der Restitution ist, ihrer Natur nach, sehr viel beschränkter, als die der Minderjährigkeit, indem diese letzte auf schädliches Thun und Lassen zugleich, und zwar vorzugsweise auf nachtheilige Rechtsgeschäfte, gerichtet ist, anstatt daß jene allein auf schädliche Unterlassungen Anwendung findet.

(c) Burchardi S. 148 erklärt diese Ausdrucksweise alter Juristen gerade umgekehrt daraus, daß Anfangs und lange Zeit hindurch Abwesenheit und Minderjährigkeit die einzigen Restitutionsgründe gewesen seyn sollen.

Das Edict über dieſe Reſtitution iſt uns ausführlich in den Digeſten aufbewahrt (d). Das Verſtändniß deſſelben wird erſchwert durch manche fehlerhafte Leſeart, noch mehr aber durch die verſchlungene Conſtruction eines einzigen ſehr langen Satzes, welcher ſich in drei einzelne Sätze auflöſen läßt, die jedoch durch gemeinſame Schlußworte zuſammen gehalten werden. Der erſte dieſer drei Sätze enthält den Schutz der Abweſenden, der zweite den Schutz gegen die Abweſenden, der dritte die auf beide Fälle gemeinſchaftlich zu beziehende generalis clausula. Hinter den beiden erſten Sätzen ſtehen die für beide gemeinſchaftlich geltenden Worte: earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit. Hinter dem dritten Satze endlich ſtehen die für alle geltenden Worte: in integrum restituam, wodurch zuerſt ein abgeſchloſſener Sinn der ganzen Stelle entſteht. Auf dieſe Worte endlich folgt noch eine Einſchränkung, die blos auf die generalis clausula zu beziehen iſt.

Nach dieſer Ueberſicht über die Anordnung der ganzen Stelle will ich die drei einzelnen Sätze derſelben angeben:

(d) *L.* 1 § 1 *ex quib. caus.* (4. 6). Mehrere einzelne Stücke daraus werden nachher wiederholt und beſonders erklärt. — Mit Unrecht behauptet Burchardi (ſ. o. § 320 Note l)!, wir hätten hier eine neuere, von der urſprünglichen völlig verſchiedene, Abfaſſung vor uns. Das Edict kann, ſo wie wir es jetzt leſen, ſehr alt ſeyn, ja aus der Zeit der Republik herrühren, wenngleich vielleicht die in der letzten Zeile erwähnten decreta principum ſpäter eingeſchaltet ſeyn mögen.

1. Si cujus quid de bonis deminutum erit (e), cum is metu, aut sine dolo malo reipublicae causa abesset; inve vinculis, servitute (f), hostiumque potestate esset; sive cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur (g).

2. Item si quis quid usu suum fecisse (h), aut, quod non utendo sit amissum (i) consecutus esse, actioneve qua solutus ob id, quod dies ejus exierit, cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret; aut cum eum invitum in jus vocare non liceret neque defenderetur, cumve

(e) Die Worte deminutum erit fehlen in der Florentina, ſtehen aber in alten Ausgaben und Hff. (diminutum, diminutum est, oder erit) und ſind für den Sinn des Satzes ganz unentbehrlich. Sie bezeichnen den einen Fall des möglichen Verluſtes durch Entziehung des Eigenthums, z. B. durch Uſucapion, im Gegenſatz des anderen Falles, der in den Schlußworten ſteht, nämlich des Verluſtes eines Klagerechts durch Verjährung.

(f) Dieſe beiden Fälle (vincula und servitus) gehen nicht auf Abweſenheit, wohl aber auf Zuſtände, die eben ſo, wie Abweſenheit, unfähig machen, den Schaden abzuwenden.

(g) Hier müſſen nun die ſpäteren, gemeinſamen Worte hinzu gedacht werden: earum rerum actionem etc. . . in integrum restituam.

(h) Die Florentina lieſt hier fecisset; Halvander's Leſeart fecisse empfiehlt ſich durch die Einfachheit der Conſtruction, indem dazu das unmittelbar vorhergehende dicetur hinzu zu denken iſt, ſo wie zu dem nachfolgenden consecutus *esse*, und solutus (esse), ſo daß ein neuer Satz erſt anfängt mit den Worten: aut cum eum invitum, welcher ſchließt mit dem nachfolgenden esse dicetur.

(i) Das Florentiniſche amisit iſt ganz unhaltbar, weil dadurch der Gewinnende und der Verlierende vermengt werden. Die Leſeart sit amissum (Hal. amissum sit) wird beſtätigt durch *L.* 21 *pr. eod.*

magistratus de ea re appellatus esset, sive cui per magistratus (k) sine dolo ipsius actio exemta esse dicetur (l); earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit;

3. Item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam (m); quod ejus per leges, plebis scita, Senatusconsulta, Edicta, Decreta principum licebit (n).

Bei der Erklärung des Einzelnen werde ich zuerſt die ſehr verſchiedenen Fälle des Reſtitutionsgrundes angeben, dann die Arten der Verletzung, die hier abgewendet werden ſollen. Unter den Fällen des Reſtitutionsgrundes aber iſt es nöthig, die Ordnung umzukehren, und zuerſt von der generalis clausula, dann von den zwei voranſtehenden, beſonders angegebenen Fällen zu reden.

Die generalis clausula (o) hat in den oben angegebenen

(k) Das Florentiniſche pro magistratu iſt ohne Sinn. Haloander's per magistratus wird beſtätigt durch *L.* 26 § 4 *eod.*

(l) Dieſe Worte regieren den vorhergehenden Theil der Stelle von den Worten aut cum eum an (Note h).

(m) Die Worte: in integrum restituam umfaſſen die ganze vorhergehende Stelle in ihren drei Theilen. Dieſer wörtliche Zuſammenhang wird verkannt von Schröter S. 100. 109, deſſen Erklärung nur möglich wäre, wenn hinter den vorhergehenden Worten experiundi potestas erit ein dabo ſtände, das aber nicht daſteht.

(n) Dieſe Einſchränkung geht wohl blos auf die unbeſtimmte, und daher ſehr umfaſſende clausula, mit welcher ſie wörtlich allein in Verbindung ſteht. Der Inhalt verſteht ſich von ſelbſt, und iſt auch wahr für die vorhergehenden Sätze.

(o) Der Name generalis clausula, oder auch blos clausula, ſteht in *L.* 26 § 1. 9. *L.* 33 *pr. ex qu. c.* (4. 6).

Worten des Edicts einen ſo allgemeinen Ausdruck erhalten, daß dadurch viele neuere Schriftſteller verleitet worden ſind, in dieſelbe den allgemeinen, völlig ſchrankenloſen Vorbehalt zu legen, der Prätor wolle überall reſtituiren, wo es ihm überhaupt gut dünke. Dieſe Auslegung hat in der neueren Praxis zu einer ſehr verderblichen Willkür geführt. Sie muß aber durchaus verworfen werden, indem jene Worte nach ihrer wörtlichen Verbindung keinen anderen Sinn zulaſſen, als daß der Prätor, außer in den ausdrücklich genannten Fällen der Abweſenheit u. ſ. w., auch in anderen Fällen reſtituiren wolle, wenn er dieſelben verwandt, gleichartig fände. Es war alſo blos der Vorbehalt einer Erweiterung der vorſtehenden Caſuiſtik nach dem Geſetz einer wahren, ächten Analogie. Gerade ſo haben auch ſchon die alten Juriſten in ihren Commentaren zum Edict jene Stelle aufgefaßt (p).

Verſuchen wir nun, aus den ſehr zahlreichen einzelnen Anwendungen, in welchen uns dieſer Reſtitutionsgrund vorgeführt wird, welchen wir blos der Kürze wegen mit dem Ausdruck Abweſenheit bezeichnen, auf dem Wege beſonnener Abſtraction einen allgemeinen Begriff deſſelben zu bilden. Wir werden dieſen Begriff dahin zu beſtimmen haben, daß dieſe Reſtitution überall ertheilt werde, wo ſich der Verluſt eines Rechts dadurch ereignet, daß der Berechtigte durch ein äußeres Hinderniß abgehalten wird, die

(p) Vgl. die in der vorhergehenden Note angeführten Stellen.

Handlungen vorzunehmen, wodurch er den Verluſt verhütet haben würde (q). Die Abweſenheit des Berechtigten ſelbſt, ſo wie die Abweſenheit des Gegners, an welchen der Berechtigte das Recht verliert, ſind Hauptfälle, worin ein ſolches äußeres Hinderniß enthalten ſeyn kann; ganz auf gleicher Linie ſtehen viele andere Fälle, die mit der Abweſenheit mehr oder weniger Aehnlichkeit haben.

Nachdem hierdurch der allgemeine Begriff dieſes ganzen Reſtitutionsgrundes feſtgeſtellt worden iſt, ſind zunächſt die einzelnen Fälle der Anwendung beſonders zu betrachten. Dieſe laſſen ſich, nach der eben beendigten Erörterung über die generalis clausula, auf zwei Klaſſen zurück führen:

Schutz der Abweſenden gegen andere Perſonen.

Schutz anderer Perſonen gegen die Abweſenden.

Jeder dieſer Klaſſen werden zugleich diejenigen Fälle der generalis clausula zuzutheilen ſeyn, die bei den Römiſchen Juriſten überhaupt zur Sprache gebracht worden ſind.

(q) So iſt der Begriff bereits richtig beſtimmt worden von folgenden Schriftſtellern. Burchardi S. 152. 183. 191, Franke Beiträge S. 73, Göſchen Vorleſungen I. § 193.

§. 326.

Reſtitution. — Einzelne Gründe. — II. Abweſenheit. (Fortſetzung.)

Schutz der Abweſenden gegen andere Perſonen.

Zuerſt ſind die im Edict genannten einzelnen Fälle zuſammen zu ſtellen; dieſen werden die aus der generalis clausula entnommenen Fälle anzureihen ſeyn.

I. Metu absentes (a).

Damit ſind Diejenigen gemeint, die ſich von ihrem Wohnorte entfernt haben aus Furcht vor einem ernſten, wichtigen Uebel, und zwar aus einer wohlbegründeten Furcht. Die näheren Beſtimmungen dieſes Falles ſind ohne Bedenken zu entnehmen aus den, für die actio quod metus causa genauer entwickelten Regeln.

II. Reipublicae causa sine dolo malo absentes (b).

Dieſes wird als der Hauptfall der ganzen Klaſſe gedacht, und mag wohl den erſten Anlaß zur Aufſtellung dieſes ganzen Edicts gegeben haben.

Unter respublica wird in den meiſten anderen Rechtsregeln eine Städtgemeinde verſtanden, oft gerade im Gegenſatz des Römiſchen Staats. Hier heißt es aber ganz beſtimmt der Römiſche Staat, und zwar der Staat in ſeinem alten, reinen Begriff, ſo daß einestheils die Stadt-

a) *L.* 1 § 1. *L.* 2 § 1. *L.* 3 (b) *L.* 1 § 1 *cit.* *ex q. c.* (4. 6).

gemeinden (c), anderntheils die der neuen kaiſerlichen Gewalt eigenthümlichen Stücke öffentlicher Thätigkeit (d), eigentlich nicht unter jenem Ausdruck begriffen waren, wohl aber allerdings als natürliche und billige Erweiterungen, in Folge der generalis clausula, in dieſe Reſtitution mit aufgenommen wurden.

Hauptſächlich waren hier gemeint die im Dienſt befindlichen Soldaten (e); eben ſo aber auch Civilbeamten aller Art (f), vorausgeſetzt, daß dieſe nicht gerade in Rom ſelbſt ihr Amt zu führen hatten, welches ihnen nicht als Abweſenheit angerechnet werden ſollte (g).

Der Prätor hatte ausdrücklich ausgeſchloſſen Diejenigen, die dolo malo im Staatsdienſt abweſend wären, d. h. die dieſen Grund blos als Vorwand brauchten, während ſie in der That dadurch nicht abgehalten waren, ihre eigenen Rechte wahrzunehmen (h). — Die alten Juriſten aber ſuchten außerdem genau zu beſtimmen, mit welchen Zeitpunkten die Abweſenheit anfinge und aufhörte, die den

(c) *L.* 26 §. 9 *eod.*

(d) So der fisci patronus. *L.* 33 *pr. eod.* — Eben ſo die verſchiedenen Arten der procuratores Caesaris. *L.* 35 §. 2 *eod.*

(e) *L.* 45 *eod.*

(f) Nähere Beſtimmungen der dahin zu rechnenden Perſonen finden ſich in folgenden Stellen: *L.* 33. §. 1. 2, *L.* 34 §. 1, *L.* 35 *pr.* §. 3—6, *L.* 38 *pr. eod.*

(g) *L.* 5 §. 1. *L.* 6 *eod.* — Die zur Garniſon der Stadt Rom gehörenden Soldaten ſollten dagegen den Vortheil der Abweſenden allerdings genießen. *L.* 7 *eod.*

(h) *L.* 1 §. 1, *L.* 4, *L.* 5 *pr.* *L.* 36. *eod.*

Beamten und Soldaten Anspruch auf Restitution zu geben geeignet wäre (i).

III. Qui in vinculis sunt (k).

Es sind damit alle ihrer Freiheit Beraubte gemeint, ohne Unterschied, ob sie gefesselt oder blos eingesperrt sind, ob sie vom Staat, von einer Stadtbehörde, von mächtigen Privatpersonen, oder von Räubern gefangen gehalten werden. Diese Alle bedurften einer besonderen Erwähnung, weil sie gerade an ihrem Wohnorte gefangen seyn können, in welchem sie, ohne abwesend zu seyn, gerade so, wie Abwesende, außer Stand seyn können, für die Wahrnehmung ihrer Rechte selbst zu sorgen.

IV. Qui in servitute sunt (l).

Dahin gehören diejenigen freien Menschen, die thatsächlich im Zustand von Sklaven leben, sey es, daß dieser Zustand auf bloßer ungerechter Willkür, oder auf einem Irrthum über ihre Freiheit beruht. Auch Diese bedurften aus demselben Grund, wie die vorher erwähnten, einer besondern Erwähnung.

V. Qui in hostium potestate sunt (m).

Dabei ist nicht gerade an kriegsgefangene Soldaten zu denken, weil diese vor der Gefangenschaft im Heere dienten, also schon vorher als reipublicae causa absentes unmittelbar unter dem Ausdruck des Edicts enthalten waren. Vielmehr

(i) *L.* 32, *L.* 34 *pr.*, *L.* 35 §. 7. 8. 9, *L.* 37, *L.* 38 § 1 *eod.*

(k) *L.* 1 § 1, *L.* 9. 10 *eod.*

(l) *L.* 1 § 1, *L.* 11. 12. 13 *eod.*

(m) *L.* 14, *L.* 15 *pr.* § 1 *eod.*

bezieht ſich das hauptſächliche Bedürfniß dieſer beſondern Erwähnung auf Civilperſonen, die bei einem feindlichen Einfall in das Römiſche Gebiet von den Feinden in Gefangenſchaft abgeführt wurden.

Neben dieſen, im Edict genannten Fällen werden nun noch folgende Fälle von den Römiſchen Juriſten, in Anwendung der generalis clausula (einige mit namentlicher Erwähnung derſelben), anerkannt.

1. Die Ehefrauen der Soldaten, die mit ihren Männern die Abweſenheit theilen (n). Man muß Dieſes eben ſo ausdehnen auf die übrigen Familienglieder, ſo wie auf die Familien der dem Civilſtand angehörenden Staatsdiener.

2. Die von Stadtgemeinden an den Kaiſer oder zur Beſorgung von Stadtgeſchäften abgeordneten Perſonen (legati civitatum) (o).

3. Die Procuratoren des Kaiſers und die fiscaliſchen Anwälte (Note d).

4. Die, welche ihren Wohnort zum Zweck wiſſenſchaftlicher Ausbildung (studiorum causa) verlaſſen (p).

5. Wer durch Vertrag verſprochen, und durch Bürgen verſichert hat, einen beſtimmten Ort außerhalb ſeines Wohnſitzes nicht zu verlaſſen (q).

(n) *L.* 1. 2 *C. de ux. mil.* (2. 52).
(o) *L.* 8, *L.* 26 § 9, *L.* 35 § 1 *L.* 42 *ex qu. c.* (4. 6), *L.* 1 *C. eod.* (2. 54).
(p) *L.* 28 *pr. eod.*
(q) *L.* 28 § 1 *eod.*

6. Wer zur Strafe an einen fremden Ort verbannt ist (r).

7. Ungeborne Kinder (s), welche allerdings in der Lage einer besonderen Schutzbedürftigkeit seyn können, indem ihnen eine Erbschaft bereits angefallen seyn kann, während sie noch keinen Tutor haben.

8. Der Inhaber einer Servitut, der sie durch Nichtgebrauch verliert, weil eine Quelle zeitweise ausgetrocknet, oder ein Weg durch Ueberschwemmung zeitweise unbrauchbar geworden ist; eben so, wenn dadurch der possessorische Schutz einer solchen Servitut verloren geht (t).

9. Wenn der Testamentserbe ein erbschaftliches Recht dadurch verliert, daß er aus Gehorsam gegen das Sc. Silanianum das Testament eine Zeit lang uneröffnet läßt (u).

§ 327.

Restitution. — Einzelne Gründe. — II. Abwesenheit. (Fortsetzung.)

Bei der hier abgehandelten Klasse von Restitutionsfällen kommen zwei Streitfragen vor, die eine besondere Erörterung nöthig machen.

(r) Dieses konnten relegati seyn (die ihr Vermögen behalten), oder deportati (die es in der Regel verlieren). *L.* 26 § 1, *L.* 40 § 1 *eod.* Von den ersten wird gesagt, daß sie nur ex causa die Restitution erhalten; von den zweiten, daß sie dieselbe nur erhalten, wenn ihnen ausnahmsweise ihr Vermögen nicht entzogen ist, und nur nach erhaltener Begnadigung.

(s) *L.* 45 *pr. eod.*

(t) *L.* 34 § 1, *L.* 35 *de serv. pr. rust.* (8. 3), *L.* 14 *pr. quem adm. serv.* (8. 6), *L.* 1 § 9 *de itin.* (43. 19).

(u) *L.* 3 § 30. 31 *de Sc. Silan.* (29. 5).

Die erſte dieſer Streitfragen betrifft lediglich die Fälle der eigentlichen Abweſenheit. — Wenn man auf die Urſache derſelben zurückgeht, ſo finden ſich dabei zwei Gegenſätze. Die Abweſenheit kann nothwendig oder willkürlich, ſie kann löblich oder unlöblich ſeyn, wobei allerdings auch noch das Gleichgültige, als in der Mitte liegend, in Betracht kommt.

Bei dem Hauptfall nun, der dem ganzen Inſtitut zum Grunde liegt, der Abweſenheit im Staatsdienſt, ſind wir über die Anwendung jener Gegenſätze nicht zweifelhaft; hier findet ſich Nothwendigkeit und Löblichkeit vereinigt. Dieſes könnte leicht auf den Gedanken führen, daß nur unter dieſer Vorausſetzung auch andere Fälle auf Reſtitution Anſpruch haben könnten. Eine ſcheinbare Unterſtützung findet ſich in manchen Aeußerungen der alten Juriſten, die bald auf die Nothwendigkeit (a), bald auf die Löblichkeit (b), einen beſondern Werth legen. Nun ſoll aber doch eine Reſtitution gelten für die zur Strafe Verbannten (§ 326 Note r), deren Abweſenheit durch ein Verbrechen, alſo durch eine höchſt unlöbliche Urſache, veranlaßt iſt.

Dieſer letzte Umſtand könnte dann etwa zu der Auskunft führen, daß für die nothwendige Abweſenheit unbedingt, für die willkürliche nur, wenn ſie zugleich löblich

(a) *L.* 26 § 9 *ex q. c.* (4. 6). „Et generaliter, quotiescunque quis ex necessitate, non ex voluntate abfuit, dici oportet, ei subveniendum.“

(b) *L.* 28 *pr. eod.* „Nec non et si quis de causa probabili abfuerit . . . puta studiorum causa . . . ne decipiatur per justissimam absentiae causam.“

wäre, Restitution zu geben seyn möchte. Allein auch in diesem Versuch ist keine wahre Befriedigung zu finden. Denn wo ist die Gränze des Löblichen? Der besondere Glanz, der auf der Reise zur wissenschaftlichen Ausbildung liegt (Note b), verschwindet schon bei gewerblichen Reisen, denen doch auch der Anspruch auf Restitution nicht versagt wird (c), und selbst bei einer bloßen Lustreise können zugleich Bildungszwecke verfolgt werden. Dann müßte man also neben den löblichen Ursachen mindestens auch die gleichgültigen zulassen, und dann wäre durch die ganze Unterscheidung Nichts gewonnen, als die Ausschließung der willkürlichen Abwesenheit aus entschieden unlöblichen Ursachen, z. B. wenn Jemand große Reisen unternähme, um zu stehlen, zu betrügen, oder als gewerbmäßiger Spieler. Die Fälle nun, worin solche Beweggründe bewiesen werden können, sind allerdings denkbar, werden aber so selten vorkommen, daß die ganze Unterscheidung in dieser Begränzung völlig ohne praktischen Werth seyn würde.

Wenn wir diese Umstände unbefangen erwägen, so werden wir geneigt seyn, die Rücksicht auf jene Gegensätze in den denkbaren Ursachen der Abwesenheit völlig aufzugeben. Die angeführten Stellen der alten Juristen (Note a. b) stehen dann in Verbindung mit der willkürlichen Natur dieses ganzen Rechtsinstituts. Sie wollen also nur sagen, der Prätor werde den Abwesenden aus der generalis clau-

(c) *L.* 57 *mandati* (17. 1).

sula die Reſtitution um ſo leichter zu ertheilen geneigt ſeyn, je nothwendiger oder je löblicher ihm die Abweſenheit im einzelnen Fall gerade erſcheine.

Die zweite Streitfrage geht noch über die Fälle der eigentlichen Abweſenheit hinaus. Dieſe ganze Art der Reſtitution ſoll ſolche Perſonen ſchützen, die außer Stand waren, ihre Rechte durch eigene Handlungen zu erhalten. Dabei entſteht aber ſogleich die Frage, ob ſie denn nicht dieſe Erhaltung durch fremde Handlungen, durch Stellvertreter, bewirken konnten, in welchem Fall ein künſtlicher Schutz durch Reſtitution gar nicht nöthig geweſen wäre. Ueber dieſe Frage ſind die Meinungen neuerer Schriftſteller ſehr getheilt, und ſie verdienen derhalb keinen Vorwurf, weil auch die Aeußerungen unſrer Rechtsquellen hierüber in hohem Grade ſchwankend erſcheinen.

Ich will zuerſt die Streitfrage in etwas engere Gränzen einzuſchließen ſuchen. Unſere Rechtsquellen unterſcheiden den defensus (oder qui habet procuratorem) von dem indefensus (qui procuratorem non habet). Unter dem defensus nun iſt gewiß nicht blos Der zu verſtehen, welchen der beſtellte Procurator wirklich, und zwar gut und zweckmäßig, vertheidigt, ſondern Jeder, der durch denſelben vertreten werden kann (d); was der Procurator vernachläſſigt,

(d) *L.* 39 *ex qu. c.* (4. 6). „... si procuratorem reliquerit, per quem defendi *potuit*."

ist mit diesem abzumachen, gewöhnlich durch die mandati actio. Ferner muß, in der Beurtheilung, mit dem defensus auf gleiche Linie gestellt werden Der, welcher einen Procurator bestellen konnte, und Dieses aus Nachlässigkeit versäumt hat (e); denn bei diesem liegt die Ursache des Verlustes nicht mehr in der Abwesenheit als solcher, sondern in der erwähnten Nachlässigkeit, dann aber fehlt eine Hauptbedingung jeder Restitution (§ 320 Note d).

Nach diesen näheren Bestimmungen hätten wir also zwei Klassen von verletzten Personen zu unterscheiden: Indefensi, die ohne ihre Schuld keinen Procurator haben (f), und Defensi, die einen Procurator haben, oder durch eigene Schuld entbehren. Bei den Personen der ersten Klasse ist es unzweifelhaft, daß sie vollen Anspruch auf Restitution haben. Aller Zweifel betrifft also die zweite Klasse, die Defensi.

Für die Defensi nun wird einmal die allgemeine Regel aufgestellt, daß sie keine Restitution erhalten sollen (g). —

(e) *L.* 26 § 1 *eod.* „quia *potuit* procuratorem constituere." *L.* 20 *pr. de min.* (4. 4) „non deberi prorogari tempus . . quia abfuit, quum *potuit* adire Praetorem per procuratorem."

(f) So z. B. wenn der von ihnen bestellte Procurator während ihrer Abwesenheit verstorben ist. *L.* 28 *pr. ex. qu. c.* (4. 6) „. . forte procuratore suo defuncto." *L.* 57 *mandati* (17. 1).

(g) *L.* 39 *ex. qu. c.* (4. 6), und zwar gerade von reip. causa absentes. Manche haben diese Stelle gezwungenerweise so ausgelegt, als ob sie nicht von dem Schutz der Abwesenden, sondern von dem gegen die Abwesenden, redete. Mit Recht verwirft diese Erklärung Burchardi S. 170.

Dagegen wird einmal von dem Abgeordneten einer Stadtgemeinde ausdrücklich geſagt, nach vielen Kaiſerconſtitutionen müßte derſelbe reſtituirt werden, ohne Unterſchied, ob er einen Procurator beſtellt hatte oder nicht (h). Ganz irrig hat man Das für ein beſonderes Privilegium ſolcher Abgeordneten ausgeben wollen (i). Ein beſſeres Recht als Staatsdiener konnten ſie gewiß nicht in Anſpruch nehmen, auch werden ſie anderwärts mit den Staatsdienern ausdrücklich auf gleiche Linie geſtellt (k). Außerdem wird aber eine ähnliche mildere Regel angewendet auch auf die Kriegsgefangenen, ſelbſt wenn deren Vermögen wirklich durch beſtellte Curatoren geſchützt wird (l); ferner auf Verbannte, die zwar eigentlich Procuratoren beſtellen ſollen, aber auch, wenn ſie Dieſes unterlaſſen haben, ex causa Reſtitution erhalten (m).

Faſſen wir dieſe einzelnen Aeußerungen zuſammen, ſo finden wir darin ein ähnliches Schwanken, wie bei der erſten Streitfrage, jedoch zugleich ein entſchiedenes Hinneigen zu einer fortſchreitend milderen Behandlung.

Nur für Einen Fall möglicher Verletzung, der allerdings eine eigenthümliche Natur hat, iſt eine etwas beſtimmtere Regel wahrzunehmen. Wenn nämlich die Verletzung nicht in einem reinen Verluſt durch Verſäumniß beſteht, wie bei

(h) *L.* 26 § 9 *eod.*
(i) Cujacius obs. XIX. 14.
(k) *L.* 1 *C. quib. ex causis* (2. 54).
(l) *L.* 15 *pr. ex qu. c.* (4. 6).
(m) *L.* 26 § 1 *eod.* Vgl. oben §. 326 Note r.

der versäumten Unterbrechung einer Usucapion oder Klagverjährung, sondern in einem nachtheiligen rechtskräftigen Urtheil, so sind folgende Vorschriften zu beobachten. Der Indefensus bekommt auch in diesem Fall unbedingt Restitution (n), und Dieses hat um so weniger Bedenken, als ein solches Urtheil ja immer die Natur eines bloßen Contumacialurtheils hat. Der Defensus dagegen wird für diesen Fall ausdrücklich unterschieden von dem Minderjährigen, welcher gerade in diesem Fall stets restituirt wird, er mag vertreten gewesen seyn oder nicht (§ 319 Note s). Der abwesende Defensus dagegen soll gegen den Inhalt des Urtheils nicht restituirt werden; nur wenn zugleich die Einlegung der Appellation versäumt worden ist, wird gegen diese Versäumniß restituirt (o). Die Eigenthümlichkeit dieses Falles nun liegt eben darin, daß die Restitution gegen den Inhalt eines Urtheils nicht auf einer reinen Versäumniß beruht, sondern auf der bloßen Möglichkeit einer mangelhaften Prozeßführung; anders bei der versäumten Appellationsfrist, die daher auch ganz anders behandelt werden soll.

(n) *L.* 1 *C. quib. ex caus.* (2. 54), *L.* 4 *C. de proc.* (2. 13).

(o) *L.* 8 *de in int. rest.* (4. 1). Wäre es gestattet, die in der Note g angeführte Stelle des Paulus auf den Fall eines rechtskräftigen Urtheils zu beschränken (wovon jedoch die Stelle selbst keine Spur enthält), so würde der oben dargestellte Widerspruch der Stellen verschwinden; und diese ganze Streitfrage erhielte eine einfachere Gestalt. — In der *L.* 8 *cit.* muß übrigens anstatt *rempublicam* gelesen werden: *rem judicatam*. Burchardi S. 446.

Die neueren Schriftſteller haben die für die zweite Streitfrage dargeſtellten Schwierigkeiten in der Erklärung der Rechtsquellen durch mancherlei Unterſcheidungen zu heben verſucht, welche ich nicht als befriedigend anerkennen kann. Dahin gehört die Unterſcheidung zwiſchen löblicher und unlöblicher Abweſenheit, deren Unhaltbarkeit ſchon oben nachgewieſen worden iſt; ferner zwiſchen der Zahlungsfähigkeit und Unfähigkeit des Procurators, wovon aber in den Quellen ſelbſt keine Spur zu finden iſt; endlich zwiſchen dem ſtrengen älteren und dem milden neueren Recht, welche Unterſcheidung der Wahrheit vielleicht am nächſten kommen möchte (p).

Auch die Behandlung der zweiten Streitfrage ſteht, ſo wie die der erſten, in Verbindung mit der ſchon oben bemerkten Willkürlichkeit des ganzen Rechtsinſtituts.

§. 328.

Reſtitution. — Einzelne Gründe. — II. Abweſenheit. (Fortſetzung.)

Schutz anderer Perſonen gegen die Abweſenden.

Das Edict ſelbſt (§ 325) erwähnt, als zu dieſer Klaſſe gehörend, folgende Fälle.

I. Qui absens non defenditur (a). Da in der erſten Klaſſe verſchiedene Fälle und Gründe der Abweſenheit auf-

(p) Glück B. 6 S. 33. 34. Schulting notae ad Digesta T. 1 p. 578. Burchardi S. 166 bis 175.

(a) *L.* 1 § 1 *ex quib. caus.* (4. 6).

gezählt werden (metu, reipublicae causâ absentes), so kann es auffallen, daß Dieses hier nicht geschieht, sondern vielmehr alle Abwesende überhaupt durch die Allgemeinheit des Ausdrucks bezeichnet werden. Diese Fassung des Edicts war aber absichtlich, indem jede Art der Abwesenheit für andere, anwesende, Personen gleich gefährlich werden kann, und daher gleichen Schutz durch Restitution nöthig macht (b).

II. Qui in vinculis est neque defenditur (c).

III. Qui secum agendi potestatem non facit neque defenditur. Darunter sind Die zu verstehen, welche sich in der Heimath versteckt halten, um der Klage zu entgehen, ferner, welche die Klage verzögern durch böswillige Hindernisse, die sie dem Anfang des Rechtsstreits entgegenstellen, oder auch ohne bösen Willen, weil sie durch viele andere Geschäfte abgehalten werden, sich darauf einzulassen (d).

IV. Qui, cum eum invitum in jus vocare non licet, non defenditur. Darunter sind gemeint die höheren Obrigkeiten, die wider ihren Willen gar nicht vor Gericht gezogen werden durften. Nicht sind gemeint die Eltern und Patrone des Berechtigten, welche allerdings verklagt werden konnten,

(b) *L.* 21 § 1 *eod.* — Es waren darunter also allerdings auch Soldaten begriffen, aber nicht minder unmittelbar, und ohne künstliche Ausdehnung, auch deren Erben, wenn diese die von dem Erblasser angefangene Usucapion vollendeten, und selbst gleichfalls abwesend waren. *L.* 30 *pr. eod.*

(c) *L.* 1 § 1. *L.* 23 *pr. eod.*

(d) *L.* 1 § 1. *L.* 23 § 4. *L.* 24. 25 *eod.* — Es wird dabei bemerkt, daß es gegen die latitantes auch noch andere Zwangsmittel gebe, namentlich die missio in bona.

jedoch nur nach eingeholter Erlaubniß des Prätors; hierin lag nur eine die Ehrfurcht wahrende Förmlichkeit, kein Hinderniß der Klage (e).

V. Cum de ea re magistratus appellatus sit (f). Wenn der Beklagte die Klage dadurch verhinderte, daß er eine gleiche oder höhere Obrigkeit, oder auch einen Volkstribunen, bewog, durch seinen Einspruch den Fortgang des Rechtsstreits zu hindern, so konnte durch diese Verzögerung die Usucapion oder die Klagverjährung vollendet werden, und dem Berechtigten sein Recht entziehen (g). Dagegen sollte diese Restitution Schutz gewähren.

VI. Cum per magistratus actio exemta sit. Dahin gehören die Fälle, in welchen durch den bösen Willen oder die Nachlässigkeit der Obrigkeit oder des von derselben bestellten Juder, oder durch Gerichtsferien u. s. w. eine Klage so verzögert wird, daß sie verloren geht. Es wird aber dabei ausdrücklich bemerkt, daß nicht der Kläger selbst zu der Verzögerung mitgewirkt haben dürfe, etwa in der Absicht, mit die Sache von dem Nachfolger der gegenwärtigen Obrigkeit entschieden werden möge (h).

Bei den vier ersten unter den hier aufgezählten Fällen wird ausdrücklich bemerkt, die Restitution gelte nur unter der Voraussetzung, daß der Abwesende u. s. w. indefensus

(e) *L.* 1 § 1, *L.* 26 § 2 *eod.*
(f) *L.* 1 § 1 *eod.*
(g) S. o. B. 6 S. 489.
(h) *L.* 1 § 1, *L.* 26 *pr.* § 4 bis 7 *eod.*

gewesen sey (i). Dieses erinnert an eine ähnliche Bestimmung bei der ersten Klasse (§ 327 Note d. e. f) und könnte die Besorgniß erregen, daß sich hier an diese Voraussetzung ähnliche Zweifel und Schwierigkeiten anknüpfen möchten, wie sie oben erörtert worden sind. Doch ist dieses nicht der Fall, da die Sache hier eine andere Bedeutung hat. Die Restitution, von welcher gegenwärtig die Rede ist, setzt voraus einen Berechtigten, welcher sein Recht durch Klagen erhalten könnte, daran aber durch die augenblickliche Unzugänglichkeit eines Gegners verhindert wird. Die Gründe dieser Unzugänglichkeit sind dabei ganz gleichgültig; je schlechter, je willkürlicher dieselbe durch die Natur der Gründe erscheint, desto mehr Anspruch hat der Berechtigte auf den außerordentlichen Schutz der Restitution. Nur wenn der Abwesende in der That defensus ist, fehlt das Bedürfniß der Restitution, weil dadurch die Klage möglich, also die vorausgesetzte Gefahr des Verlustes völlig ausgeschlossen wird. Es fragt sich also nur, wer hier als defensus anzusehen ist.

Defensus heißt Der, welcher einen Procurator bestellt hat, um für ihn als Beklagten den Rechtsstreit zu führen; aber auch Der, für welchen ein solcher Vertreter freiwillig, ohne eine solche Bestellung, auftritt. Ja nicht blos durch

(i) Ulpian bemerkt in *L.* 26 § 3 *eod.* mit besonderer Sorgfalt, in dem Edict bezögen sich die Worte: **non defenderetur** auf den ersten Fall, dagegen die späteren Worte: **neque defenderetur** auf die drei nachfolgenden Fälle gemeinschaftlich.

das Auftreten eines solchen Vertreters wird der Anspruch auf Restitution ausgeschlossen, sondern der Berechtigte soll von seiner Seite einen solchen aufsuchen, und namentlich die Freunde des Gegners befragen, ob sie etwa die Vertretung übernehmen wollen (k). Jedoch ist die bloße Bereitwilligkeit eines Vertreters nicht hinreichend; vielmehr muß derselbe Bürgschaft leisten, selbst wenn er ein bestellter Procurator ist, sonst gilt der Gegner nicht als defensus (l).

Justinian hat für alle Fälle der hier beschriebenen Art ein ganz neues Schutzmittel aufgestellt. Der Berechtigte, welcher eine Klage anstellen möchte, aber einen Gegner vermißt, soll sich mit seiner Klage an den Statthalter der Provinz, oder den Bischoff, oder den städtischen Defensor wenden, in Ermangelung aller dieser Personen aber die Klage öffentlich anschlagen können. Diese Maßregel soll hinreichen zur Unterbrechung jeder Klagverjährung und Usucapion (m). — Manche haben Dieses so verstanden, als wäre dadurch die oben dargestellte Restitution nicht nur entbehrlich gemacht, sondern auch aufgehoben. Zu einer solchen Annahme ist jedoch kein Grund vorhanden; vielmehr muß dem Berechtigten zwischen beiden Schutzmitteln die Wahl zugestanden werden (n).

Neben den oben aufgestellten, im Edict selbst erwähnten, Fällen dieser Restitution haben die alten Juristen, in An-

(k) *L.* 21 § 2. 3, *L.* 22 *pr. eod.* (m) *L.* 2 *C. de annali except.* (7. 40).
(l) *L.* 21 § 3 *eod.*, § 1. 4. 5 *J. de satisd.* (4. 11).
(n) Burchardi S. 180—182.

wendung der generalis clausula, noch folgende hervorgehoben.

1. Wenn eine Klagverjährung abläuft, während der Beklagte sich in Kriegsgefangenschaft befindet (o).

2. Wenn der Sohn eines Kriegsgefangenen eine Sache zum Peculium erwirbt, und dann usucapirt (p).

3. Wenn der Gegner ein Wahnsinniger, ein Kind, oder eine Stadtgemeinde ist, und aus zufälligen Umständen keinen Vertreter hat (q). — Eben so kann ohne Zweifel auch umgekehrt der unvertretene Wahnsinnige u. s. w. Restitution erhalten, wenn seine Rechte durch Usucapion oder Klagverjährung verloren gehen, und es ist ganz zufällig, daß Dieses unter den Restitutionsfällen der ersten Klasse nicht erwähnt wird. Diese Fälle haben entschieden mehr Analogie mit der Restitution der Abwesenden, als mit der der Minderjährigen (r).

§. 329.

Restitution. — Einzelne Gründe. — II. Abwesenheit. (Fortsetzung.)

Nachdem jetzt die einzelnen Fälle dargestellt sind, in welchen die Restitution wegen Abwesenheit Anwendung

(o) *L.* 23 § 3 *ex qu. c.* (4. 6).

(p) *L.* 23 § 3 *cit.* Der Gefangene selbst nämlich kann nicht usucapiren, da er sich im Stande der Unfreiheit befindet. *L.* 23 § 1 *eod.* Hiernach muß der § 5 *J. de act.* (4. 6) erklärt und beschränkt werden.

(q) *L.* 22 § 2 *ex qu. c.* (4. 6). Der vorhergehende Theil der Stelle zeigt ganz klar, daß von dem Wahnsinnigen u. s. w. als Beklagten, nicht als Berechtigten, die Rede ist. Auf diese Restitution bezieht sich *L.* 124 § 1 *de R. J.* (50. 17) „Furiosus absentis loco est."

(r) S. o. am Ende des §. 324.

findet, ſind noch die Arten der Verletzung näher zu betrachten, zu deren Abwendung dieſelbe gebraucht werden kann.

Wenn wir uns auch in dieſer Betrachtung an die Worte des Edicts anſchließen, ſo müſſen wir zwei Hauptarten der Verletzung annehmen.

I. Si quid de bonis deminutum erit, alſo unmittelbare Verminderung des vorhandenen Vermögens. Dahin gehören folgende einzelne Fälle des Verluſtes, die großentheils ſowohl bei dem Schutz der Abweſenden, als bei dem Schutz gegen die Abweſenden, vorkommen können.

1. Verluſt des Eigenthums durch eine von dem Gegner vollendete Uſucapion (a).
2. Verluſt einer Servitut durch Nichtgebrauch (b).
3. Verluſt eines Beſitzes oder eines Quaſibeſitzes (c).
4. Verluſt des Eigenthums wegen damnum infectum (d).
5. Verluſt einer Forderung, welche durch Vertrag an die Bedingung des Aufenthalts an beſtimmten Orten geknüpft iſt (e).
6. Verluſt durch ein nachtheiliges rechtskräftiges Urtheil (f).

II. Si actionis dies exiit. Verluſt eines Klagerechts durch Klagverjährung oder Prozeßverjährung (g). Eine

(a) *L.* 1 § 1. *L.* 15 § 3 *ex qu. c.* (4. 6).
(b) *L.* 1 § 1 *eod.*
(c) *L.* 23 § 2 *eod.*
(d) *L.* 15 § 2 *eod.*, nämlich durch jubere possidere.
(e) *L.* 43 *eod.*
(f) S. o. §. 327 Note n. o.
(g) *L.* 1 § 1 *eod.*

ähnliche Natur hat auch der durch Zeitablauf bewirkte Verluſt des Rechts auf Anklage eines Verbrechers (h).

In Anwendung der generalis clausula kann dieſe Reſtitution auch gebraucht werden, wenn nicht ſowohl das vorhandene Vermögen vermindert, als der Erwerb einer Erbſchaft oder eines Legats in Folge einer Abweſenheit verhindert worden iſt (§ 319 Note l).

Bei der Anwendung dieſer Reſtitution muß ferner erinnert werden an den allgemeinen Grundſatz, welcher die Reſtitution nur geſtattet, in ſoweit ein Cauſalverhältniß zwiſchen dem Reſtitutionsgrund und dem eingetretenen Verluſt behauptet werden kann. Wenn daher die Abweſenheit nur einen Theil des für die Uſucapion oder Klagverjährung vorgeſchriebenen Zeitraums umfaßt, ſo wird dieſe Reſtitution zuweilen ganz verſagt werden, zuweilen nur für einen Theil des Zeitraums zu geſtatten ſeyn (i).

Bei dem Verluſt des Eigenthums durch Uſucapion wird die Reſtitution auf verſchiedene Weiſe bewirkt, ſo wie die zufälligen Umſtände das Bedürfniß herbeiführen: bald durch Klage, bald durch Einrede.

Die Klage, wodurch der Verluſt des Eigenthums durch Uſucapion abgewendet wird, führt nach einer ſehr verbreiteten Meinung den Namen publiciana actio; man hat dieſelbe mit der anderen, bekannten publiciana actio in Verbindung geſetzt, und auf dieſe Verbindung zugleich die

(h) *L.* 40 *pr. eod.*

(i) *L.* 15 § 3, *L.* 16, *L.* 28 § 7. 8 *eod.*, ſ. o. § 320 Note d.

Geſchichte der Reſtitution aufzubauen geſucht (k). Ich halte dieſe Meinung für unbegründet.

Allerdings wird in mehreren Stellen, welche von dieſer Reſtitution reden, die publiciana actio genannt (l), aber nicht, als ob dieſelbe eine eigenthümlich für dieſen Fall eingeführte Klage wäre, ſondern in folgender ganz anderer Bedeutung. Wer ſein Eigenthum in Folge einer Abweſenheit durch Uſucapion verliert, wird meiſt auch in der Lage ſeyn, die Bedingungen der bonae fidei possessio für ſich geltend machen zu können; er wird nämlich meiſtens die Sache durch Tradition erworben haben, in Folge eines Kaufs, einer Schenkung u. ſ. w. Dann hat er in der That die gewöhnliche publiciana actio, deren Daſeyn durch des Gegners Uſucapion an ſich gar nicht ausgeſchloſſen wird. Wenn er nun die publiciana actio anſtellt, ſo wird allerdings der Gegner vielleicht die exceptio justi dominii entgegen ſtellen (m), und zwar mit Recht, da er in der That Eigenthümer iſt in Folge der Uſucapion. Dieſe Einrede aber wird nun entkräftet durch die Reſtitution wegen Abweſenheit, ſey es mit oder ohne replicatio, je nachdem die Thatſachen zweifelhaft ſind oder nicht. Will man alſo genau reden, ſo muß man ſagen, daß in einem ſolchen Fall die Reſtitution dazu dient, nicht ſowohl um eine verlorene

(k) Burchardi S. 153 fg.

(l) *L.* 35 *pr. de obl. et act.* (44. 7), *L.* 57 *mandati* (17. 1), Stelle aus einem alten Gloſſarium bei Brissonius v. publiciana.

(m) *L.* 1 *pr. L.* 16. 17 *de publ.* (6. 2).

Klage herzuſtellen, als um eine ſtets gültig gebliebene Klage von der ihr entgegen ſtehenden Einrede zu befreien. Für die Richtigkeit dieſer Auffaſſung ſpricht ſelbſt der Wortlaut der angeführten Stellen (Note l). Denn in einer derſelben wird ausdrücklich geſagt, daß in einem ſolchen Fall der Publiciana zwar die exceptio dominii entgegen ſtehe, daß aber dieſe überhaupt nicht ohne causae cognitio gegeben werde, und in dem vorliegenden Fall, in Folge unſrer Reſtitution wegen Abweſenheit, verſagt werden müſſe, weshalb die Publiciana vollen Erfolg haben werde (n). — In der anderen Stelle aber wird gar nicht etwa eine zwiefache Publiciana erwähnt für zwei an ſich verſchiedene Fälle, ſondern vielmehr eine einzige Klage dieſes Namens, nur mit dem Zuſatz, daß dieſelbe zuweilen rescissa usucapione gegeben werde (o). Wie dieſer Zuſatz zu verſtehen iſt, habe ich ſo eben bei Gelegenheit der erſten Stelle erklärt.

Ich behaupte aber gar nicht, daß dieſer Weg einer Hülfe, vermittelſt der Publiciana die durch Reſtitution gegen die exceptio dominii geſchützt wird, der einzige ſey. Der vorige Eigenthümer kann vielmehr auch unmittelbar zu ſeinem Ziele kommen durch Anſtellung der rei vindicatio (d. h. nach altem Recht der petitoria formula mit der

(n) *L.* 57 *mandati* (17. 1). S. u. d. Beil. XIX zu dieſem Bande.

(o) *L.* 35 *pr. de obl. et act.* (44. 7). „. . . Illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, ut . . . Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. Sed quum *rescissa usucapione* redditur, anno finitur, quia contra jus civile datur.“

intentio: rem suam esse). Hierin behauptet er nun zunächſt etwas Unwahres, da er in der That nicht mehr Eigenthümer iſt. Es muß erſt wahr gemacht werden durch die Reſtitution, die alſo hier nicht, ſo wie bei dem vorher angegebenen Wege, dazu dient, die ohnehin begründete Klage gegen eine Einrede zu ſchützen, ſondern vielmehr die Klage erſt möglich zu machen, die ohne die Reſtitution gar nicht begründet ſeyn würde. So wird die Anwendung unſrer Reſtitution auf die Uſucapion in den Inſtitutionen ausdrücklich erklärt (p), und dieſe Erklärung iſt nicht minder wahr und richtig, als die, welche ſo eben aus einer Digeſtenſtelle abgeleitet worden iſt. Beide Erklärungen ſtehen durchaus nicht im Widerſpruch mit einander, ſie bezeichnen vielmehr zwei verſchiedene Wege, die der Kläger einſchlagen kann, und von welchen bald der eine, bald der andere den Umſtänden angemeſſener ſeyn wird.

Aus dieſer Prüfung der hier einſchlagenden Stellen ergiebt es ſich, daß wir durchaus keinen Grund haben, eine eigenthümliche publiciana actio anzunehmen, als diejenige Klage, wodurch die Reſtitution wegen Abweſenheit zur

(p) § 5 *J. de act.* (4. 6). „. . . permittitur domino, si possessor reip. causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam petere, i. e. ita petere, *ut dicat possessorem usu non cepisse, et eo id suum rem esse.*" — Es iſt zu bemerken, daß in dieſer Stelle blos von dem Schutz gegen den Abweſenden die Rede iſt, welcher uſucapirt hat. Daſſelbe gilt aber ganz eben ſo von dem Abweſenden, der ſein Eigenthum durch die Uſucapion eines Anderen verloren hat, und durch Reſtitution wieder erlangen will.

Ausführung gebracht werden soll gegen eine Usucapion. Diese Behauptung aber erhält noch eine besondere Unterstützung durch den Umstand, daß die eben angeführte Institutionenstelle, die unsern Fall erwähnt, den Namen publiciana actio nicht gebraucht, der doch in dem vorhergehenden Paragraphen vorkommt, und daß umgekehrt in dem Titel der Digesten de publiciana in rem actione unser Fall durchaus nicht vorkommt; eben so wenig in der Erklärung, die Gajus von der publiciana actio giebt (q).

Der Schutz durch Klage ist jedoch nicht das einzige Mittel, wodurch die Restitution gegen die Usucapion zur Ausführung gebracht werden kann. Wenn nämlich der vorige Eigenthümer durch Zufall wieder in den Besitz der Sache kommt, so hat er zu einer Klage weder das Bedürfniß, noch die Berechtigung. Wenn aber der Gegner, der die Sache usucapirt hat, gegen ihn die Eigenthumsklage anstellt, so bedarf er gegen diese Klage eine Exception, und diese wird ihm durch unsre Restitution ertheilt (r).

§. 330.

Restitution. — Einzelne Gründe. — III. Zwang.

Der geschichtliche Zusammenhang dieses Restitutionsgrundes ist schon oben in folgender Weise angegeben worden (§ 320). Wenn ein Rechtsgeschäft durch Zwang,

(q) Gajus IV § 36. (r) *L.* 28 § 5 *ex quib. caus.* (4. 6).

d. h. vermittelſt einer durch Drohung abſichtlich erregten Furcht, bewirkt wird, ſo half der Prätor dem Gezwungenen urſprünglich durch Reſtitution, und dieſer Reſtitutionsgrund gehört unter die älteſten überhaupt. Schon frühe aber wurden zu demſelben Zweck auch ordentliche Rechtsmittel eingeführt, eine actio quod metus causa und eine exceptio metus, und zwar in ſolcher Ausdehnung, daß ſie für die meiſten Fälle völlig ausreichten, indem ſie nicht blos gegen den Zwingenden, als perſönliche Rechtsmittel, gebraucht werden können, ſondern auch gegen jeden Dritten, der ſich in der Lage befindet, die nachtheiligen Folgen des Zwanges von dem Gezwungenen abzuwenden (a). Wo nun dieſe ordentlichen Rechtsmittel ausreichen, muß ſchon nach dem allgemeinen Grundſatz die Reſtitution wegfallen (§ 321 Note r). Außerdem aber gewähren die ordentlichen Rechtsmittel auch bedeutende Vortheile in Vergleichung mit der Reſtitution, ſo daß es nicht einmal räthlich ſeyn würde, dieſe letzte vorzuziehen, ſelbſt wenn es geſtattet wäre. Die actio quod metus causa hat einen geſicherten und beſchleunigten Erfolg durch die Drohung des vierfachen Erſatzes, wenn der Beklagte nicht ſogleich freiwillig nachgiebt; will ſich aber der Gezwungene mit dem einfachen Erſatz begnügen, ſo iſt er nicht an die kurze Verjährung gebunden, wodurch die Reſtitution ſo ſehr beſchränkt iſt (b).

(a) *L.* 9 § 8 *quod metus* (4. 2), *L.* 4 § 33 *de doli m. et met. ex c.* (44. 4). — Dieſe Klage iſt eine actio in rem scripta, nicht zu verwechſeln mit in rem actio, ſ. o. B. 5 S. 25.

(b) *L.* 14 § 1 *quod metus* (4. 2).

Dennoch giebt es einzelne, ſeltnere Fälle, worin jene ordentliche Rechtsmittel nicht ausreichen, und um ſolcher Fälle willen ſteht dem Gezwungenen noch jetzt überhaupt die Wahl zu zwiſchen jenen Rechtsmitteln und der Reſtitution, deren eigenthümlichſte (doch nicht einzige) Folge ſich in dem Anſpruch auf eine wahre in rem actio zeigt. Die Edictſtelle, die wir in den Digeſten übrig haben, iſt ſo allgemein gefaßt, daß ſie in der That auf beiderlei Schutzmittel paßt (c), und auch von den alten Juriſten dahin ausgelegt wird; ſie kann in derſelben Geſtalt ſchon in dem urſprünglichen Edict über die Reſtitution wörtlich eben ſo gelautet haben, und ſie bedurfte keiner Abänderung, um auch die ſpäter eingeführten ordentlichen Rechtsmittel mit zu umfaſſen.

Die Richtigkeit der hier aufgeſtellten Behauptung ergiebt ſich aus einer Stelle des Ulpian (d), deren Zuſammenhang nicht ſelten verkannt worden iſt. In dem § 3 wird geſagt, das erzwungene Geſchäft könne bald ein unvollendetes ſeyn (z. B. ein Geldverſprechen ohne geleiſtete Zahlung), bald ein vollendetes (z. B. Geldverſprechen mit Zahlung, oder auch eine Acceptilation). Dann wird die Meinung des Pomponius angeführt, daß bei unvollendeten Geſchäften nur eine Exception zuläſſig ſey, keine Klage, bei vollendeten auch eine Klage. Dieſe Meinung wird ver-

(c) *L.* 1 *eod.* „Ait Praetor: Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo".

(d) *L.* 9 § 3. 4. 6 *eod.* Vgl. oben § 316 Note n.

worfen, und es wird für alle Fälle die Wahl zwiſchen Klage und Exception frei geſtellt, ſo daß bei einem bloßen Selbverſprechen auch eine Klage zuläſſig ſey, nämlich zum Zweck einer Acceptilation. Dieſer Ausſpruch wird beſtätigt durch ein kaiſerliches Reſcript, welches ſelbſt im Fall eines unvollendeten Geſchäfts die in integrum restitutio in Ausſicht ſtellt. In Folge dieſes Reſcripts erklärte der Prätor, der Gezwungene habe die Wahl zwiſchen Klage und Exception. Gleich nachher aber fügt Ulpian hinzu, daß der Gezwungene nach Bedürfniß auch eine in rem actio erhalten könne; desgleichen, wenn eine Forderung durch erzwungene Acceptilation getilgt ſey, die Herſtellung der verlorenen früheren Forderung *rescissa* acceptilatione vel alia liberatione (e). Beides aber iſt nur durch eine wahre Reſtitution möglich. Zwiſchen dieſer und der perſönlichen actio quod metus causa (die ohne Reſtitution gegeben wird) habe er nun dergeſtalt die Wahl, daß, wenn er den einen Weg eingeſchlagen habe, der andere dadurch verſchloſſen ſey (f).

Es kommt alſo nur noch darauf an, Fälle anzugeben, in welchen das Bedürfniß, und daher auch die Zuläſſigkeit, einer Reſtitution wegen Zwangs, neben der actio quod metus causa, behauptet werden kann (g).

(e) *L.* 9 § 4 *eod.* — Die in rem actio wird unmittelbar beſtätigt durch *L.* 3 *C. de his quae vi* (2. 20).

(f) *L.* 9 § 6 *eod.*

(g) Puchta Pandekten § 102 Note c. d. und Vorleſungen S. 215 faßt die Sache ſo auf. Schon im neueren Römiſchen Recht ſey die Reſtitution wegen Zwangs nur noch Bedürfniß geweſen bei den negotiis stricti juris; da wir dieſe nicht mehr kennen, ſo ſey ſie für uns überhaupt verſchwunden.

Ein solcher Fall, der nur zufällig nicht in unsren Rechtsquellen erwähnt wird, kann eintreten wegen der Zahlungsunfähigkeit des Gegners. Hier kann die persönliche Klage wegen der bevorzugten Natur anderer Gläubiger ganz ohne Erfolg bleiben. Die durch Restitution gewährte Klage in rem wird den Kläger zum Ziele führen.

Ein anderer Fall, der nur zu selten vorkommen wird, um praktisch wichtig zu seyn, wird in unsren Rechtsquellen ausdrücklich anerkannt. Wenn Jemand durch Zwang bewogen wird, eine angefallene Erbschaft entweder anzutreten, oder auszuschlagen, so kann er gegen eine solche Handlung, wenn sie ihm nachtheilig ist, Restitution erhalten (h). Hier ist es einleuchtend, daß die persönliche Klage oft nicht ausreicht, wegen der unbestimmten, vielleicht unübersehbaren Rechtsverhältnisse mit fremden Personen, die mit der Erbschaft verbunden seyn können.

Die Anwendung dieser Restitution hängt ab von dem Daseyn eines wahren, rechtlich anzuerkennenden, Zwanges. Hierüber gelten dieselben Regeln, wie sie für die Anwendung der weit wichtigeren actio quod metus causa anzuwenden sind. Es kann also wegen dieses Punktes vorläufig auf das Obligationenrecht verwiesen werden.

Eben so die Restitution wegen Betrugs. — Ich kann nicht einräumen, daß im Römischen Recht die Restitution gerade mit jenem Gegensatz zusammenhing, und ich muß die Anwendbarkeit der Restitution in den hier im Text angegebenen Fällen auch für das heutige Recht behaupten.

(h) *L.* 21 § 5. 6 *quod metus* (4. 2).

§. 331.

Reſtitution. — Einzelne Gründe. — IV. Irrthum.

Daß es in der That eine Reſtitution wegen Irrthums gab, hat nach den übereinſtimmenden Zeugniſſen des Ulpian und des Paulus keinen Zweifel (§ 320). Man ſcheint jedoch dieſem Reſtitutionsgrund nicht dieſelbe Wichtigkeit, wie dem Zwang und Betrug, beigelegt zu haben, woraus zu erklären iſt, daß derſelbe in dem Edict keine, dieſen Fall im Ganzen umfaſſende Stelle, und in den, an die Ordnung des Edicts ſich anſchließenden Digeſten keinen eigenen Titel erhalten hat.

Es kommt nun darauf an, die Fälle der Anwendung für dieſe Reſtitution zu beſtimmen und zu begränzen. Man hat ihr nicht ſelten die wichtige Bedeutung beigelegt, daß der Klagberechtigte von dem Nachtheil der Klagverjährung frei werden könnte, wenn er über das Daſeyn der Verletzung im Irrthum wäre, und deshalb Reſtitution gegen die Verjährung ſuchte. Dieſe Anwendung, wodurch der große Vortheil dieſes Rechtsinſtituts ſehr entkräftet werden würde, iſt entſchieden zu verwerfen (a). — Eben ſo verwerflich, und noch weit wichtiger, iſt die häufig verſuchte Anwendung, nach welcher jedes Rechtsgeſchäft, insbeſondere jeder Vertrag, durch Reſtitution ſollte angefochten werden können, ſobald der eine Theil durch irrige Beweggründe zur Eingehung des Geſchäfts veranlaßt worden wäre (b).

(a) S. o. B. 3 S. 416. 418 fg. (b) S. o. B. 3 S. 354 fg.

Dadurch würde die sichere Rechnung der Parteien auf die Wirksamkeit der eingegangenen Geschäfte großentheils entkräftet, und mit ihr der gesammte Verkehr gelähmt werden.

Dagegen findet sich eine sichere und nicht unwichtige Anwendung dieser Restitution bei den strengen Formen des alten Römischen Prozesses. Durch diese konnte oft eine Partei in großen Nachtheil kommen, während ihr nicht böser Wille, vielleicht nur ein mäßiges, oder auch gar kein Versehen, zur Last gelegt werden konnte. Das war der Zweck jener Formen nicht, und eine Restitution gegen einen solchen Nachtheil, unter ernster Aufsicht des Prätors, war daher eben so unbedenklich, als die Restitution gegen einen aus irrigen Beweggründen geschlossenen Vertrag gefährlich gewesen wäre (c).

Diese Restitution gegen irrige Versäumniß der Prozeßformen kam denn in der That (und besonders in der älteren Zeit) häufig vor, und dieses ist als das eigentliche Gebiet der Restitution wegen Irrthums anzusehen. Eine Reihe von Fällen solcher Art ist schon oben zusammen gestellt worden (d).

Ein Fall dieser Art hat Veranlassung zu der einzigen Edictstelle gegeben, welche in unsren Rechtsquellen über die

(c) Die leichtere Ertheilung der Restitution gegen Prozeßversäumnisse ist richtig anerkannt von Noodt Comm. in Pand. IV. 3 vers. *Non minus*.

(d) S. o. B. 3 S. 384 fg., B. 6 § 300. q., und bei dem gerichtlichen Geständniß oben § 306. — Die allgemeinste Andeutung dieses Falles der Restitution findet sich in *L.* 7 *pr. de in int. rest.* (4. 1).

Reſtitution wegen Irrthums aufbewahrt iſt. Wenn Jemand gegen einen Unmündigen klagte, und dabei irrigerweiſe von einem falſchen Tutor die auctoritas für den Unmündigen annahm, ſo war ſein Klagrecht völlig verloren, ohne Ausſicht auf einen möglichen Erfolg. Dagegen verſprach der Prätor die Reſtitution (e).

Ein anderer Fall dieſer Reſtitution bezieht ſich allerdings nicht auf den Prozeß. Wenn ein Schuldner ſtirbt, und der Gläubiger das eigene Vermögen des Erben für zweifelhaft hält, ſo kann er eine Separation des erbſchaftlichen Vermögens fordern, und daraus Befriedigung verlangen. Hat er aber in jener Annahme geirrt, und dadurch Schaden gelitten, ſo hat er Anſpruch auf Reſtitution, wenn er den Irrthum rechtfertigen kann (f).

§ 332.

Reſtitution. — Einzelne Gründe. — V. Betrug.

Die Reſtitution wegen Betrugs iſt von beſonderen Schwierigkeiten umgeben, und ſelbſt das Daſeyn derſelben wird von bewährten Schriftſtellern verneint. Dieſes Daſeyn jedoch wird durch die übereinſtimmenden Zeugniſſe

(e) *L.* 1 § 1. 6 *quod falso* (27. 6). „. . . Quod eo auctore, qui tutor non fuerit (gestum erit), si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem.“ Vgl. o. B. 3 S. 385. — Die Bedeutung der Reſtitution liegt nun darin, daß die eingetretene Litisconteſtation reſcindirt, alſo die durch die Litisconteſtation bewirkte Conſumtion der früheren Klage beſeitigt wird.

(f) *L.* 1 § 14 *de separat.* (42. 6).

des Ulpian und des Paulus außer Zweifel gesetzt (§ 320).

Die Restitution wegen Betrugs wird in den Quellen abgehandelt unmittelbar hinter der Restitution wegen Zwangs, neben welcher sie in sehr früher Zeit eingeführt zu seyn scheint. So wie diese, ist sie größtentheils überflüssig gemacht worden durch ordentliche Rechtsmittel, die actio und exceptio doli, und aus dieser historischen Entwicklung ist großentheils ihre gegenwärtige etwas räthselhafte Natur zu erklären. Vergleichen wir diese ordentlichen Rechtsmittel mit denen, die für den Fall des Zwanges eingeführt waren, so müssen wir zwei Unterschiede anerkennen. Die Klage und Einrede aus dem Zwang gilt auch gegen dritte Besitzer (§ 330 Note a), die aus dem Betrug wirkt blos persönlich gegen den Betrüger, und läßt daher öfter als jene, das Bedürfniß einer Restitution wahrnehmen. Ferner ist die actio doli für den Verurtheilten entehrend, und soll daher nicht gebraucht werden, wo sie durch andere, völlig gleich wirksame, Schutzmittel ersetzt werden kann (a). Diese beschränkende Rücksicht gilt jedoch nur für die actio, nicht für die exceptio doli; für das heutige Recht aber ist sie völlig verschwunden, weil es hier allgemein anerkannt ist, daß keine Klage aus Privatdelicten die Ehrlosigkeit mit sich führt (b).

Um nun die für die Restitution wegen Betrugs noch übrig bleibenden Fälle zu ermitteln, will ich vorläufig und

(a) *L.* 1 § 4 *de dolo* (4. 3). (b) S. o. B. 2 S. 227.

verſuchsweiſe einige Sätze aufſtellen, deren Wahrheit erſt im Laufe der folgenden Unterſuchung dargethan werden kann. Meiſt wird der Betrüger dieſelbe Perſon ſeyn, welche aus dem Schaden des Betrogenen Vortheil zieht (welche Perſon ich den Gegner nennen will), zuweilen werden beide Perſonen verſchieden ſeyn (c); in dieſem letzten Fall iſt es natürlich, daß der Betrogene mit ſeiner Entſchädigung an den Betrüger gewieſen werde, nicht an den unſchuldigen Gegner, ſo daß dann die beſchränkende Rückſicht auf die entehrende Natur der actio doli in den Hintergrund tritt. Jedoch darf es niemals dahin kommen, daß der Betrogene ganz ohne Hülfe bleibe; wenn alſo in dem zuletzt erwähnten Falle der Betrüger zahlungsunfähig iſt, kann auch von dem unſchuldigen Gegner Abhülfe verlangt werden.

Die Fälle ſelbſt, in welchen die Reſtitution wegen Betrugs anzuwenden iſt, ſind aus der zwiefachen Verwandtſchaft abzuleiten, welche für dieſe Reſtitution unzweifelhaft angenommen werden muß: auf der einen Seite mit dem Zwang, auf der andern Seite mit dem Irrthum.

Zuerſt alſo wird die Reſtitution wegen Betrugs in denſelben beiden Fällen angewendet werden müſſen, in welchen die Reſtitution wegen Zwangs zur Anwendung kommt, damit in keinem Fall der Betrogene ganz ohne Hülfe bleibe.

Der erſte Fall gründet ſich auf die Zahlungsunfähigkeit

(c) Es iſt dieſer Fall ſo zu denken, daß der Gegner Nichts von dem Betrug weiß, ſonſt iſt er ſelbſt gleichfalls Betrüger; es kann alſo hier nur von einem unſchuldigen Gegner die Rede ſeyn.

des Betrügers. Wenn Jemand durch Betrug verleitet wird, ſein Grundſtück um geringen Preis zu verkaufen und zu übergeben, ſo kann er durch die actio venditi den Verkauf anfechten und das Grundſtück zurück verlangen (d). Wird Jemand durch Betrug bewogen, ſein Grundſtück dem Betrüger zu ſchenken, und dieſes Geſchäft durch Uebergabe (nach altem Recht durch Mancipation) zu vollziehen, ſo kann er durch die actio doli die Rückgabe des Grundſtücks verlangen. Wenn aber in einem dieſer beiden Fälle der Betrüger zahlungsunfähig iſt, ſo kann der Betrogene, um nicht mit ſeiner perſönlichen Klage im Concurſe auszufallen, Reſtitution wegen Betrugs, und durch dieſe eine in rem actio verlangen, wie Dieſes für den Fall des Zwangs ſchon oben bemerkt worden iſt (e).

Der zweite Fall bezieht ſich auf die ſchädliche Antretung oder Ausſchlagung einer Erbſchaft, wozu Jemand durch Betrug verleitet wird. Im Fall des Zwangs hatte hier der Gezwungene die Wahl zwiſchen der actio quod metus causa gegen den Zwingenden und der Reſtitution, wodurch die Antretung oder Ausſchlagung an ſich unwirkſam wird (f); das letzte, durchgreifendere Schutzmittel wird oft nöthig ſeyn wegen der unbeſtimmten Wirkung jener Handlungen in Beziehung auf viele fremde, unbekannte Perſonen. — Für den

(d) *L.* 6. § 1 *de contr. emt.* (18. 1) *L.* 4 *pr. de L. commiss.* (18. 3). Vgl. *L.* 11 § 5. 6 *de act. emti* (19. 1).

(e) *L.* 9 § 4. 6 *quod metus* (4. 2), ſ. o. § 330.

(f) *L.* 21 § 5. 6 *quod metus* (4. 2), ſ. o. § 330.

Fall des Betrugs nun wird ausdrücklich geſagt, daß der Betrogene gegen den Betrüger die actio und exceptio doli habe (g), gerade ſo, wie bei dem Zwang auch die actio quod metus causa galt. Damit iſt aber nicht verneint, daß er auch die Reſtitution wegen Betrugs fordern könne, welches vielmehr nach der verwandtſchaftlichen Natur beider Reſtitutionsgründe behauptet werden muß.

Die zweite Verwandtſchaft des Betrugs iſt die mit dem Irrthum. Jeder Betrug enthält nämlich in der That einen wahren Irrthum, und man kann ihn als qualificirten Irrthum bezeichnen. Daher wird die Reſtitution, die gegeben wird gegen Prozeßverſäumniſſe aus Irrthum (§ 331), ſtets auch unmittelbar begründet ſeyn gegen die durch den Betrug eines Andern veranlaßten Prozeßverſäumniſſe. Wenn ſie hier zuweilen nicht zur Anwendung kommt, ſo liegt der Grund darin, daß alsdann der Betrüger ein Anderer iſt, als der Prozeßgegner, in welchem Fall die Abhülfe von dem Betrüger und nicht von dem Gegner zu leiſten iſt.

Nach dieſen vorbereitenden Bemerkungen gehe ich über zur Betrachtung der Stellen, deren richtige Erklärung allein dahin führen kann, die in dieſer Lehre herrſchenden Zweifel und Mißverſtändniſſe zu beſeitigen.

Vor allen ſind zwei Stellen zu beachten, die zu ſagen ſcheinen, daß in jeder Colliſion irgend einer Reſtitution mit

(g) *L.* 9 § 1, *L.* 40 *de dolo* (4. 3).

der actio doli, die Reſtitution vorgezogen werden müſſe, weil ſie nicht entehre.

L. 1 § 6 *de dolo* (4. 3) (Ulpianus) (h) „Idem Pomponius refert, Labeonem existimare, etiam si quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere“ . . .

L. 7 § 1 *de in int. rest.* (4. 1) (Marcellus) (i) „Nec intra has solum species consistet hujus generis auxilium; etenim deceptis sine culpa sua, *maxime si fraus ab adversario intervenerit*, succurri oportebit, quum etiam de dolo malo actio competere soleat. *Et boni Praetoris est potius restituere litem*, ut et ratio et aequitas postulabit, *quam actionem famosam constituere*, ad quam tunc demum descendendum est, quum remedio locus esse non potest.“

Beide Stellen ſind von Manchen ſo aufgefaßt worden. Jeder Betrug begründet eine Reſtitution; da nun aber im Colliſionsfall ſtets die Reſtitution, die nicht entehrt, der entehrenden actio doli vorgezogen werden muß, ſo kann im Fall des Betrugs nur allein die Reſtitution angewendet

(h) Der vorhergehende Paragraph hatte die Stelle des Edicts erläutert, nach welcher die actio doli nur in Ermanglung einer anderen actio gebraucht werden dürfe.

(i) Vorher wird geſagt, bei aller nöthigen Aufrechthaltung der solennia (damit ſind hier die Prozeßformen gemeint) müſſe doch der Prätor eine billige Reſtitution nicht verſagen; ſo z. B. wenn eine Partei auf eine interrogatio nicht antworte, und deswegen zu einem Nachtheil verurtheilt werde (§ 305), dann aber ſogleich die verſäumte Antwort nachhole.

werden. Dieſe Erklärung, wodurch die Sache auf die äußerſte Spitze getrieben wird, kann unmöglich richtig ſeyn. Denn durch ſie würde die Anwendung der actio doli völlig ausgeſchloſſen ſeyn, da doch für viele Fälle von den alten Juriſten dieſe Klage für das einzig anwendbare Rechtsmittel erklärt wird, während gerade umgekehrt von der Reſtitution wegen Betrugs nur ſelten und beiläufig die Rede iſt.

Die richtige Auffaſſung dieſer Stellen, und zugleich der ganzen Frage von der Reſtitution wegen Betrugs, wird ſich in folgender Reihe von Sätzen aufſtellen laſſen, die ſich an einzelne Stellen der alten Juriſten anſchließen.

A. Fälle, in welchen der Betrüger dieſelbe Perſon iſt, welche als Gegner den Vortheil aus dem Betrug ziehen würde.

1. Wenn dieſes Verhältniß eintritt zwiſchen den Parteien in einem Prozeß, z. B. indem der Kläger durch des Beklagten Betrug verleitet wird, die Prozeßverjährung ablaufen zu laſſen, ſo wäre eigentlich die actio doli begründet. Da aber in dieſem Fall die Reſtitution wegen Betrugs genau denſelben Vortheil gewährt (indem ſie den Verluſt der Klage aufhebt), und doch zugleich die Ehre des Gegners ſchont, ſo wird ein wohldenkender Prätor die Ertheilung der Reſtitution vorziehen.

Genau Dieſes iſt der Sinn der oben abgedruckten Stelle des Marcellus. Dieſe ſpricht von einem Betrug im Prozeß, verübt vom Prozeßgegner, welches theils aus dem

vorhergehenden Theil der Stelle erhellt, theils aus der Erwähnung des adversarius, theils aus den Worten restituere litem.

2. Ein Schuldner bewegt durch einen erdichteten Brief seinen Gläubiger, ihm die Schuld durch Acceptilation zu erlassen. Der Gläubiger, der Dieses entdeckt, kann, wenn er volljährig ist, die actio doli gegen den Schuldner (auf Entschädigung) anstellen, wenn er minderjährig ist, durch Restitution die Wiederherstellung der getilgten Schuld bewirken (k).

Diese Stelle hat mit der vorhergehenden (L. 7 § 1 de in int. rest.) die Aehnlichkeit, daß in beiden von einem auf zwei Personen beschränkten Rechtsverhältniß die Rede ist. Dabei muß es aber auffallen, daß hier dem volljährigen Gläubiger die actio doli gegeben wird, da doch die in der vorhergehenden Stelle vorgezogene Restitution wegen Betrugs denselben Erfolg gehabt hätte, mit Schonung der Ehre des Gegners. Ich wage nicht, einen bestimmten Grund dieser scheinbar verschiedenen Entscheidung anzugeben. Vielleicht war dieser Punkt streitig; ohnehin behauptet Marcellus den Vorzug jener Restitution nicht als eine feststehende Rechtsregel, sondern als das räthliche Verfahren eines wohlgesinnten Prätors. Es ist aber auch möglich, daß die Römischen Juristen diesen Vorzug der

(k) *L.* 38 *de dolo* (4. 3) „... postea epistola falsa vel inani reperta, creditor major quidem annis XXV. de dolo habebit actionem, minor autem in integrum restituetur".

Restitution vor der actio doli so allgemein nur anzuschauen bei Nachtheilen im Prozeß (wovon L. 7 § 1 cit. handelt) nach der Analogie des Irrthums, nicht bei Nachtheilen aus Verträgen (wovon L. 38 de dolo redet).

3. Eine reine Anwendung der hier aufgestellten Regeln findet sich in einer der wichtigsten hierher gehörenden Stellen, die man gewöhnlich mit Unrecht als eine vereinzelte, ganz positive Bestimmung ansieht (l). Wenn ein Prozeß rechtskräftig entschieden wird, der verlierende Theil aber hinterher entdeckt, daß das Urtheil auf die Aussage von Zeugen gesprochen worden ist, die der Gegner bestochen hatte, so würde gegen denselben unzweifelhaft die actio doli begründet seyn. — Diese soll aber hier nicht gelten, sondern es soll vielmehr durch Restitution (wegen Betrugs) das Urtheil entkräftet werden, damit ein neues Urtheil gesprochen werden könne.

B. Fälle, in welchen der Betrüger eine vom Gegner des Verletzten verschiedene (dritte) Person ist.

4. Wenn bei einer angestellten oder vorbereiteten Klage ein Dritter in böswilliger Absicht die Erscheinung des Beklagten vor Gericht verhindert, so kann dadurch der Kläger auf mancherlei Weise in Nachtheil kommen; eine angefangene Usucapion oder Klagverjährung kann vollendet werden, wodurch dem Kläger sein Eigenthum oder sein Klagrecht entzogen wird. Gegen diesen Dritten gab der Prätor dem

(l) *L.* 33 *de re jud.* (42. 1).

Kläger eine besondere Entschädigungsklage, eine actio in factum, so daß er der entehrenden actio doli gar nicht bedurfte (m). Wenn aber dieser Dritte zahlungsunfähig war, so sollte der verletzte Kläger gegen den unschuldigen Beklagten selbst eine Restitution erhalten, damit sich dieser nicht mit dem nun unheilbaren Schaden eines Anderen bereichere (n). — Dieses ist offenbar eine Restitution wegen des (von einem Dritten verübten) Betrugs, die aber nur im Nothfall eintreten soll, nämlich nur, wenn dem Verletzten nicht durch die ordentliche Klage gegen den Betrüger Hülfe verschafft werden kann.

5. Wenn Jemand zur Hälfte ein Erbrecht erwirbt, dann als Erbe verklagt wird, und auf die gerichtliche Frage, zu welchem Theil er Erbe sey, wider besseres Wissen erklärt, er sey der einzige Erbe, so trifft ihn zur Strafe der Nachtheil, daß er im Fall der Verurtheilung für die ganze Schuld haften muß (o). Dazu bedarf es keiner besonderen Klage, insbesondere nicht der actio doli. Ist er aber zahlungsunfähig, so würde nun den unschuldigen Kläger ohne Grund der Nachtheil treffen, daß er den zahlungsfähigen Miterben nicht mehr verklagen könnte, und dieser würde sich auf des Klägers Kosten bereichern. Dagegen erhält

(m) *L.* 3 *pr. de eo, per quem factum* (2. 10).

(n) *L.* 3 § 1 *eod.* „Plane si is, qui dolo fecerit, quo minus in judicio sistatur, solvendo non fuerit, aequum erit, adversus ipsum reum restitutoriam actionem competere, ne propter dolum alienum reus lucrum faciat, et actor damno adficiatur."

(o) *L.* 11 § 4. 5 *de interrog. in j.* (11. 1).

der Kläger Reſtitution (wegen Betrugs eines Dritten), ſo daß er gegen den Miterben zur Hälfte der Schuld klagen kann (p).

6. Wenn ein Waarenkauf nach dem von einem Dritten hergeliehenen Gewicht geſchloſſen wird, der Dritte aber wiſſentlich falſches Gewicht giebt, ſo geht gegen ihn die actio doli (q); das Geſchäft ſelbſt alſo bleibt unter den Parteien gültig. Nach den bei den vorigen Fällen (Num. 4. 5) angewendeten Regeln darf man aber wohl unbedenklich annehmen, daß die Reſtitution gegen das Geſchäft ſelbſt gegeben werden muß, wenn die actio doli wegen Zahlungsunfähigkeit des Beklagten ohne Erfolg bleibt (r).

Faſſen wir das Ergebniß dieſer Entſcheidungen einzelner Rechtsfälle zuſammen, ſo erhalten dadurch die zwei oben (S. 203) abgedruckten Stellen folgende ſichere Deutung. Wenn dieſe Stellen ſagen, im Colliſionsfall ſey die Reſtitution der entehrenden actio doli vorzuziehen, ſo hat das erſtlich den Sinn, daß die aus einem anderen Reſtitutionsgrund, z. B. Minderjährigkeit, abzuleitende Reſtitution ſtets vorgehen ſoll (Num. 2); ferner auch den Sinn, daß die Reſtitution wegen Betrugs vorgehen ſoll, wenn der Gegner des Verletzten

(p) *L.* 18 *eod.*

(q) *L.* 18 § 3 *de dolo* (4. 3).

(r) Auch noch in einem anderen Fall zeigt ſich die Rückſicht auf Zahlungsunfähigkeit, ohne daß dabei von Reſtitution die Rede iſt. Wenn ein Unmündiger unter Genehmigung des Vormundes mit einem Dritten einen Vertrag ſchließt, und dabei von dieſen beiden Perſonen betrogen wird, ſo ſoll er nur die actio tutelae gegen den Vormund haben, nicht die actio doli gegen den Dritten, außer wenn der Vormund inſolvent iſt. *L.* 5. 6 *de dolo* (4. 3).

zugleich der Betrüger ist (s). Ist dagegen der Betrüger verschieden von dem Gegner des Verletzten, so muß sich dieser an den Betrüger halten, selbst wenn dazu die actio doli nöthig seyn sollte, und die Restitution gegen den schuldlosen Gegner soll nicht eintreten, außer wenn der Betrüger zahlungsunfähig ist (Num. 4. 5. 6).

Die Meinungen der Neueren über die Restitution wegen Betrugs gehen ungemein aus einander.

Von Burchardi's Meinung, nach welcher besonders die Restitution wegen Betrugs seit Diocletian die größte Ausdehnung erhalten haben soll, ist schon oben die Rede gewesen (§ 317 Note g). — Schröter schließt sich dieser Ansicht gleichfalls an, hat aber daneben richtige Ansichten aufgestellt, und nur die Anwendung dieser Restitution zu casuistisch behandelt, anstatt sie auf allgemeinere Grundsätze zurück zu führen (t). — Göschen verneint gänzlich das Daseyn einer Restitution wegen Betrugs, indem er sich durch die Wahrnehmung täuschen läßt, daß gerade in dem Digestentitel de dolo malo eine solche Restitution nicht erwähnt wird (u). — Puchta nimmt so, wie bei der Restitution wegen Zwangs, mit Unrecht an, daß diese Restitution im heutigen Recht völlig verschwunden sey (§ 330 Note g). Anderwärts aber nimmt er an, die

(s) Wenigstens für Prozeßverhältnisse ist Dieses gewiß nach Num. 1. 3, für Verträge mag es nach Num. 2 dahin gestellt bleiben.

(t) Schröter S. 126—129.

(u) Göschen Vorlesungen I. S. 569.

actio doli ſelbſt ſey eine Reſtitution, weil in der Stelle des Edicts die Worte vorkommen: si justa causa esse videbitur, alſo eine causae cognitio vorbehalten ſey (v). Sowohl dieſe Behauptung, als die von ihm verſuchte Erklärung der oben abgedruckten beiden Digeſtenſtellen (w), iſt ſo ſubtil, daß durch ihre conſequente Durchführung die ganze Lehre von der Reſtitution alle Haltung verlieren müßte.

§. 333.

Reſtitution. — Einzelne Gründe. — VI. Antiquirte Gründe.

Die bisher abgehandelten Reſtitutionsgründe können insgeſammt auch im heutigen Recht vorkommen. Zwei andere jedoch ſind nur noch geſchichtlich zu erwähnen, und nur um in dem ganzen Zuſammenhang dieſer Lehre keine Lücke zu laſſen. Dieſe ſind:

Die Capitis deminutio.

Die Alienatio judicii mutandi causa facta.

Beide haben in den Digeſten eigene Titel, im Zuſammenhang mit den übrigen Reſtitutionsgründen erhalten. Beide aber können nicht nur für das heutige Recht, ſondern ſelbſt für das Juſtinianiſche, als anwendbare Reſtitutionen nicht mehr anerkannt werden.

(v) Puchta Inſtitutionen B. 2 S. 221—223.
(w) A. a. O., S. 223. 419.

Die capitis deminutio hatte als Reſtitutionsgrund von jeher nur folgende, höchſt beſchränkte Bedeutung. Wenn ein Schuldner eine minima capitis deminutio erlitt, durch Arrogation, Adoption, Emancipation u. ſ. w. (a), ſo gingen nach altem Recht alle ſeine Schulden unter (b). Da nun Dieſes eine augenſcheinliche Ungerechtigkeit gegen die nicht einwilligenden Gläubiger war, ſo gab dagegen der Prätor eine Reſtitution, wodurch er die verlorenen Forderungen wiederherſtellte (c).

Dieſe Reſtitution führte aber nur den leeren Namen einer ſolchen, indem die eigenthümliche Natur einer Reſtitution bei ihr gar nicht zur Anwendung kam. Sie ſollte nämlich nicht vom freien Ermeſſen des Prätors abhängen, ſondern unbedingt, ohne alle Vorunterſuchung der beſonderen Umſtände, gegeben werden; und ſie ſollte ferner nicht an die Verjährungsfriſt der Reſtitution gebunden ſeyn (d). Es war alſo in der That eine praktiſche Aufhebung des alten Rechtsſatzes, nur verſteckt unter der Form einer Reſtitution, gewiſſermaßen aus Reſpect gegen das alte Civilrecht.

So ſtand es alſo ſchon im alten Recht. Im Juſtinia-

(a) S. o. B. 2. §. 68.

(b) Gajus Lib. 4 § 38, Lib. 3 § 84. Nur wenige Arten von Schulden waren von dieſem Untergang ausgenommen. — Die maxima und media capitis deminutio hatten andere Folgen, und kommen hier nicht in Betracht.

(c) *L.* 2 § 1, *L.* 7 § 2. 3 *de cap. min.* (4. 5), *L.* 2 *de in int. rest.* (4. 1), Gajus l. c., Paulus I. 7. § 2.

(d) *L.* 2 § 1. 5 *de cap. min.* (4. 5).

niſchen Recht aber iſt der alte Grundſatz ſelbſt, worauf ſich dieſe mildernde Maaßregel bezog, mit allem Recht weggelaſſen worden, ſo daß für uns das Bedürfniß dieſer Reſtitution räthſelhaft blieb bis zur Entdeckung des Gajus. Man möchte glauben, es wäre nun beſſer geweſen, auch dieſe Reſtitution ſelbſt unerwähnt zu laſſen. Dieſes iſt nicht geſchehen, theils weil überall in den Juſtinianiſchen Sammlungen das Beſtreben ſichtbar iſt, ſo wenig als möglich von den alten Rechtsinſtituten dem Namen nach untergehen zu laſſen, theils weil hier die einzige ſchickliche Stelle zu ſeyn ſchien, um überhaupt die Lehre von der capitis deminutio in den Digeſten anzubringen (e).

Die alienatio judicii mutandi causa facta war in der That vom Prätor als Reſtitutionsgrund aufgeſtellt. Wenn der Beſitzer einer fremden Sache, der eine Eigenthumsklage erwartete, den Beſitz abſichtlich weggab, indem er dadurch den Kläger in eine nachtheiligere Lage verſetzte, ſo ſollte durch jene Reſtitution die Klage gegen ihn eben ſo möglich gemacht werden, wie wenn er den Beſitz behalten hätte. Dieſe Reſtitution wurde aber völlig überflüſſig gemacht durch die ſpäterhin, zuerſt bei der Erbſchaftsklage, dann bei der Eigenthumsklage, eingeführte Lehre von dem qui dolo desiit possidere. Dieſer ſoll jetzt, gerade ſo wie ein gegenwärtiger Beſitzer, mit jenen Klagen in rem belangt werden können, und zwar im Gang des gewöhnlichen Prozeſſes,

(e) Vergl. über dieſe Reſtitution B. 2 § 70 S. 82—87.

ohne daß es dazu fernerhin einer Restitution bedarf, also in viel vortheilhafterer Weise für den gefährdeten Klagberechtigten (f).

Außer den antiquirten Restitutionsgründen sind hier, der Vollständigkeit wegen, noch einige zu erwähnen, die blos auf irrigen Meinungen beruhen.

Dahin gehören zunächst die sogenannten civilen Restitutionen. Deren Annahme und reichhaltige Ausstattung ist aus zweierlei Mißverständnissen hervorgegangen. Zuerst aus der schon oben gerügten Verwechselung vieler ordentlichen Rechtsmittel mit der Restitution, die doch mit derselben in der That nur den äußeren Erfolg gemein haben (§ 316). Dann aber aus dem irrigen Verfahren, die zum Theil aus Kaiserconstitutionen hervorgegangene Ausbildung der oben vorgetragenen wahren Restitutionsgründe zu unabhängigen, neuen Restitutionen umzubilden (g).

Ferner gehören dahin die verschiedenartigsten Fälle von Restitutionen die man auf den irrig aufgefaßten Begriff einer generalis clausula zurück zu führen versucht hat. Davon ist jedoch schon oben (§ 325) geredet worden.

(f) Vergl. oben § 316 Noten h bis l.

(g) Vergl. Schröter S. 151. bis 157. Göschen Vorlesungen I. § 183.

§. 334.

Reſtitution. — Gerichtsbehörden.

Es iſt jetzt noch der formelle Theil der Reſtitutionslehre darzuſtellen übrig, welcher die dabei thätigen Gerichtsbehörden, die Parteien, das Verfahren, und endlich die Wirkungen der Reſtitution zum Gegenſtand hat (§ 318).

Das Recht der Behörden zur Ertheilung von Reſtitutionen (Competenz) iſt nach zwei Geſichtspunkten zu beſtimmen: zuerſt nach ihrem Beruf zu dieſem Geſchäft im Allgemeinen (Gerichtsbarkeit); dann nach ihrer Berechtigung für vorkommende einzelne Fälle (Gerichtsſtand).

Gerichtsbarkeit in Reſtitutionsſachen hatte urſprünglich in Rom und in Italien nur allein der Prätor; in jeder Provinz der Statthalter. Die ſtädtiſchen Obrigkeiten waren zu Reſtitutionen niemals befugt (a). Eben ſo erſtreckte ſich die Befugniß eines vom Prätor ernannten Juder nicht auf die in dieſe Sache etwa einſchlagende Bitte um Reſtitution; dieſe mußte vielmehr ſtets an den Prätor ſelbſt zurückgehen (b).

Nach demſelben Grundſatz blieb unter den Kaiſern die Reſtitution ein Vorbehalt der höheren Obrigkeiten; ſie wurde ertheilt von den Prätoren, dem Stadtpräfecten, dem Präfectus Prätorio, den Statthaltern der Provinzen, vom Kaiſer ſelbſt. Juſtinian aber beſtimmte, welches vor ihm

(a) *L.* 26 § 1 *ad munic.* (50. 1). Vergl. oben § 317.
(b) Burchardi S. 433.

bezweifelt wurde, daß alle diese Behörden auch durch commissarische Richter die Restitution prüfen und ertheilen lassen könnten; imgleichen, daß die von ihnen für eine andere ganze Sache ernannten Commissare auch eine darin gelegentlich vorkommende Restitution ertheilen sollten (c).

Für den wichtigsten Fall, die Restitution gegen ein rechtskräftiges Urtheil, sind noch folgende besondere Regeln zu bemerken. Kein Beamter sollte gegen das Urtheil eines im Rang höher stehenden Beamten restituiren, wohl aber gegen das eines gleichstehenden; also auch gegen sein eigenes Urtheil, so wie gegen das seines Vorgängers. Gegen ein Urtheil des Kaisers, oder eines vom Kaiser unmittelbar aufgestellten Vertreters, konnte daher auch nur der Kaiser selbst restituiren (d).

Im heutigen Recht ist unzweifelhaft jeder ordentliche Richter zur Ertheilung einer Restitution befugt, und dadurch wird dieses ohnehin schon bedenkliche Institut für unsern Rechtszustand noch weit bedenklicher, als es jemals für die Römer gewesen ist (e).

Für den Gerichtsstand, also für die Competenz der Gerichtsbehörden in einzelnen Restitutionssachen, sind dieselben

(c) *L.* 16 § 5, *L.* 17 *de min.* (4. 4), *L.* 3 *C. ubi et ap. quem* (2. 47). Diese Stelle des Codex ist wiederholt in dem *C.* 9 *X. de in int. rest.* (1. 41), jedoch mit dem, wahrscheinlich blos mißverständlichen, Zusatz, daß auch Schiedsrichter restituiren könnten. — Burchardi S. 432 bis 439. S. 537 bis 548.

(d) *L.* 18. 42 *de min.* (4. 4), *L.* 3 *C. si adv. rem jud.* (2. 27). — Burchardi S. 550 bis 552.

(e) S. oben § 317. Vergl. Burchardi S. 545. 546.

Regeln zu beobachten, wie wenn das Restitutionsgesuch eine ordentliche Klage wäre. Insbesondere fällt die bei Gelegenheit einer anhängigen anderen Rechtssache vorkommende Bitte um Restitution der Prüfung und Entscheidung des Richters anheim, bei welchem die Hauptsache anhängig ist (f).

§. 335.

Restitution. — Parteipersonen.

Der nächste Gegenstand der Untersuchung betrifft die Personen, unter welchen das Gesuch einer Restitution verhandelt und entschieden werden kann. Auf der einen Seite steht der Verletzte, dem durch die Restitution geholfen werden soll, auf der andern Seite irgend Einer, welcher der Restitution zu widersprechen ein Interesse hat, indem er durch die Herstellung des früheren Zustandes Etwas verliert. Ich will, der Kürze wegen, diese beide Personen den Berechtigten und den Verpflichteten nennen.

I. Als Berechtigter ist zunächst und unmittelbar der Verletzte selbst zu betrachten, um dessentwillen die gerade jetzt in Frage kommende Restitution eigentlich eingeführt ist, also der Minderjährige, der Gezwungene, der Betrogene u. s. w.

Außer und neben ihm aber können auch manche andere Personen als Berechtigte angesehen werden, welche ihr

(f) Burchardi S. 548 bis 550.

Recht von dem seinigen in Folge eines besonderen Rechtsverhältnisses ableiten.

Dahin gehören allgemein und unzweifelhaft alle Universalsuccessoren des ursprünglich Berechtigten (a). Jeder Restitutionsanspruch kann also nach dem Tode des ursprünglich Berechtigten auch geltend gemacht werden von dessen Erben, so wie von denen, welche in gleichem Verhältniß, wie eigentliche Erben, zu dem Verstorbenen stehen; dahin gehören die Nachfolger aus einem Fideicommiß der Erbschaft, ferner die, welchen ein castrense peculium zufällt. Eben so aber auch, wenn der Berechtigte nicht stirbt, sondern in Unfreiheit fällt, der Herr desselben, weil dieser in das Vermögen seines Sklaven wie ein Erbe eintritt (b).

Unter die Fälle eines solchen abgeleiteten Rechts auf eine Restitution gehört ferner der Fall einer Cession, welche überall angewendet werden kann, um die Stelle der Singularsuccession in eine Restitution zu vertreten (c), so wie sie bei den Obligationen diese Stelle vertritt.

Alle diese Regeln haben kein Bedenken. Dagegen ist in hohem Grade streitig und verwickelt die Frage, ob auch der Bürge des ursprünglich Berechtigten an der Restitution desselben Theil nehmen kann (d).

(a) S. o. B. 3 §. 105.

(b) *L.* 6 *de in int. rest.* (4. 1), *L.* 18 § 5 *de minor.* (4. 4).

(c) *L.* 24 *pr. de min.* (4. 4), *L.* 25 *de admin.* (26. 7), *L.* 20 § 1 *de tutelae* (27. 3). — S. u. Note q.

(d) Vergl. über diese Frage Burchardi S. 407—416. S. 570—581, der die älteren Schriftsteller anführt. Ferner Göschen Vorlesungen I. S. 538. 553. 554. Puchta Pandekten §. 105 i. und §. 405 g. Vorlesungen S. 216.

Um dieſe Streitfrage auf das ihr allein zukommende engere Gebiet zurück zu führen, muß die Bemerkung vorausgeſchickt werden, daß ſie nur vorkommen kann bei der Reſtitution der Minderjährigen. Abweſende nämlich werden überhaupt nur reſtituirt gegen Verſäumniſſe, nicht gegen Rechtsgeſchäfte (§ 325), während Bürgen nur bei Rechtsgeſchäften eintreten. In den Fällen des Zwanges und Betrugs aber wird ſich der Bürge ſtets durch die exceptio metus oder doli ſchützen können, die ihm eben ſo gut, als dem Gezwungenen oder Betrogenen ſelbſt, zuſteht (e); dazu bedarf es keiner Reſtitution.

Der Minderjährige nun, für deſſen Schuld ein Bürge eingetreten iſt, ſteht in zwei verſchiedenen Rechtsverhältniſſen: gegen den urſprünglichen Gläubiger, und gegen den Bürgen, der, wenn er aus der Bürgſchaft verurtheilt iſt, oder freiwillig gezahlt hat, in der Regel den Regreß an den Hauptſchuldner nehmen kann (f). Der minderjährige Schuldner iſt gegen jede dieſer beiden Forderungen, wenn er will, gleichmäßig durch Reſtitution geſchützt, ſo daß alſo die praktiſche Frage eigentlich nur darauf geht, wer zuletzt den Verluſt tragen ſoll, der Gläubiger oder der Bürge (g).

(e) *L.* 7. § 1 *de except.* (44. 1).

(f) Mit der actio mandati oder negotiorum gestorum, jenachdem der Schuldner um die Bürgſchaft wußte oder nicht. *L.* 6 § 2 *L.* 18 *mand.* (17. 1), *L.* 43 *de neg. gestis.* (3. 5).

(g) *L.* 13 *pr. de min.* (4. 4) „... In summa perpendendum erit Praetori, cui potius subveniat, utrum creditori an fidejussori; *nam minor captus neutri tenebitur*". — *L.* 1 *C. de fid. min.* (2. 24). Allerdings

Wird nun zuerſt der Bürge verklagt, ſo hat Dieſer gewiß keinen Anſpruch auf Reſtitution (h). Die Streitfrage beſchränkt ſich alſo auf den anderen Fall, wenn zuerſt der Minderjährige verklagt, und auf ſein Begehren reſtituirt worden iſt; ob dieſe, nicht mehr blos mögliche, ſondern wirklich ertheilte Reſtitution des Hauptſchuldners auch von dem nachher verklagten Bürgen für ſich geltend gemacht werden kann, das iſt die allein noch übrige Frage.

Mehrere Stellen ſprechen hierüber ſo, daß man glauben könnte, der Bürge könne den Schutz der Reſtitution verlangen (i); andere ſo, als könne er dieſen Schutz nicht in Anſpruch nehmen (k); in der That aber muß die Unbeſtimmtheit der einen und der anderen Ausſprüche nicht in

aber kann es geſchehen, daß die eine dieſer Reſtitutionen geltend gemacht wird, während die andere verloren geht, z. B. durch Verjährung. Darauf geht in dieſer letzten Stelle der hypothetiſche Ausdruck: modo ſi... non juvaris.

(h) Nach dem neueſten Recht freilich kann der Bürge die Klage durch die exceptio excussionis von ſich ablehnen, und dadurch ſogleich die Anwendung des folgenden Falles herbei führen (Nov. 4 C. 1).

(i) *L.* 3 § 4 *de min.* (4. 4), „. . hoc auxilium . . solet *interdum* fidejussori ejus prodesse", *L.* 51 *pr. de proc.* (3. 3), *L.* 8 *de adqu. her.* (29. 2).

(k) *L.* 1. 2 *C. de fid. min.* (2. 24), *L.* 7 § 1 *de except.* (44. 1). Dieſe ſchwierige Stelle ſpricht zuerſt von der exceptio L. Plaetoriae, die ſie unbedingt den Bürgen zuſpricht, dann von der Reſtitution: „quod si deceptus sit *in re* (i. e. sine dolo), tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, *nec fidejussori danda est exceptio.*" Die letzten Worte ſind zweideutig, indem man ſo auslegen kann: der Bürge ſoll niemals den Schutz haben; oder auch: er ſoll gleichfalls den Schutz nicht anders haben, als nachdem der Minderjährige reſtituirt iſt. Die letzte Deutung iſt den Worten angemeſſener. Vgl. Burchardi S. 205. 410. 579. Savigny Zeitſchrift f. geſchichtl. Rechtsw. X. 249.

dem Sinn einer allgemeinen und unbedingten Wahrheit aufgefaßt werden, ſondern einer blos möglichen, für manche Fälle, unter gewiſſen Umſtänden geltenden, Wahrheit. Dahin deuten ſchon die Ausdrücke einiger dieſer Stellen ſelbſt (Note h. i). Ganz beſtimmt aber entſcheidet für die Richtigkeit dieſer Auffaſſung eine Stelle des Ulpian (l), die überhaupt den Weg zeigt zur wahren Vereinigung der über dieſe ganze Frage ſcheinbar widerſprechenden Stellen.

Ulpian ſagt, der Prätor müſſe nach den Umſtänden jedes einzelnen Falles prüfen, ob der Gläubiger den Verluſt tragen ſolle oder vielmehr der Bürge (Note g). Als Hauptregel aber für die Entſcheidung dieſer Frage ſtellt er den offenbar richtigen Satz auf, der Bürge müſſe den Schaden tragen, wenn er gerade mit Rückſicht auf die aus der Minderjährigkeit für den Gläubiger hervorgehende Gefahr Bürgſchaft leiſtete (m). Mit dieſer Anweiſung ſtimmt auch völlig überein eine Stelle des Paulus (n). — Der ent-

(l) *L.* 13 *pr. de min.* (4. 4).

(m) *L.* 13 *pr. cit.* „Itaque si, cum scirem minorem, et ei fidem non haberem, tu fidejusseris pro eo, non est aequum, fidejussori in necem meam subveniri, sed potius ipsi deneganda erit mandati actio."

(n) Paulus I. 9. § 6. „Qui sciens prudensque se pro minore obligavit, si id *consulto consilio* fecit, licet minori succurratur, ipsi tamen non succurretur." Consulto consilio kann nicht die Abſichtlichkeit überhaupt bezeichnen, denn dieſe findet ſich bei jeder Bürgſchaft, ja bei jedem Vertrag, ſondern nur die beſondere, auf die Sicherheit gegen eine künftige Reſtitution gerichtete Abſicht. — Burchardi faßt die Sache im Allgemeinen richtig auf, ſtellt aber S. 572. 577 Präſumtionen auf, die ich für grundlos und unnöthig halte. Beſonders aber ſcheint mir der von ihm über Ulpian ausgeſprochene Tadel (S. 576) völlig ungerecht.

gegengesetzte Fall wird demnach so zu denken seyn, daß der Bürge nicht aus jener besonderen Rücksicht die Bürgschaft leistete, sondern etwa, weil der Gläubiger die Zahlungsfähigkeit des Minderjährigen in Zweifel zog, während der Bürge dessen ausreichendes Vermögen genau kannte, so daß also dabei das minderjährige Alter des Hauptschuldners gar nicht zur Sprache kam (o); am entschiedensten würde dieser zweite Fall anzunehmen seyn, wenn die Minderjährigkeit dem Bürgen ganz unbekannt geblieben wäre, vielleicht auch selbst dem Gläubiger. In diesem zweiten Fall nun würde der aus der Restitution hervorgehende Schutz dem Bürgen zu gute kommen, und der Gläubiger hätte den Verlust zu tragen.

Man kann nun noch die Frage aufwerfen, welche Mittel anzuwenden seyen, um zu dem hier aufgestellten Ziele zu gelangen. Darüber sagt Ulpian, der sicherste Weg bestehe darin, daß sofort der Minderjährige gegen den Hauptschuldner und den Bürgen zugleich die Restitution nachsuche. Dann höre der Prätor alle Betheiligte gegen einander, und könne so am besten entscheiden, wer im vorliegenden Falle den Verlust tragen solle (p).

(o) Dieses drückt Papinian in *L.* 95 § 3 *de sol.* (46. 3) so aus: „cui fidejussoris (obligatio) accessit *sine contemplatione juris praetorii.*" Burchardi S. 575 faßt diese Worte anders auf.

(p) *L.* 13 *pr. de min.* (4. 4). „Unde tractari potest, minor in integrum restitutionem utrum adversus creditorem, an et adversus fidejussorem implorare debeat? Et puto tutius adversus utrumque; causa enim cognita et praesentibus adversariis, vel si per contumaciam desint, in integrum restitutiones perpendendae sunt.

Nun iſt es aber auch möglich, daß der Minderjährige dieſen Rath nicht befolgt, vielmehr mit der Reſtitution gegen den Hauptſchuldner ſich begnügt, oder auch dieſe einſtweilen auf ſich beruhen läßt, da dann in beiden Fällen dem Bürgen die Gelegenheit entzogen wird, ſeinen Anſpruch auf die Theilnahme an der Reſtitution zu rechter Zeit geltend zu machen. Für ſolche Fälle muß dem Bürgen geſtattet werden, ſeine Regreßklage gegen den Minderjährigen gleich jetzt geltend zu machen (Note f); nicht um einen Geldverſatz zu erlangen, indem er ſelbſt noch Nichts gezahlt hat, auch von dieſem Erſatz durch des Minderjährigen Reſtitution in jedem Fall ausgeſchloſſen ſeyn würde (Note g): wohl aber um den Minderjährigen zu einer Ceſſion ſeiner Reſtitution zu zwingen, die er dann gegen den Gläubiger geltend machen kann. Dieſe billige, dem Minderjährigen unſchädliche, Befugniß wird von Paulus anerkannt, zwar nicht für den Fall der Bürgſchaft, wohl aber für folgenden ganz ähnlichen, nach gleichen Grundſätzen zu beurtheilenden Fall. Wenn ein Minderjähriger für einen Anderen eine negotiorum gestio unternimmt, und darin Etwas verſieht, ſo kann er ſich reſtituiren laſſen, und dadurch von dem Anderen (dem Herrn des Geſchäfts) allen Schaden abwenden. Verweigert er dieſe Reſtitution, ſo kann der Andere durch die actio negotiorum gestorum verlangen, daß ihm der Minderjährige die Reſtitution cedire, die dann er ſelbſt geltend machen kann (q).

(q) *L.* 24 *pr. de min.* (4. 4). S. o. Note c.

§. 336.

Restitution. — Parteipersonen. (Fortsetzung.)

II. Die Person des **Verpflichteten** in der Restitution (§ 335) ist nicht so einfach und leicht zu bestimmen, wie die des Berechtigten, wegen der großen Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse, worauf sich die Wiederherstellung eines früheren Zustandes beziehen kann. Bei einem nachtheiligen Vertrag wird es oft nur darauf ankommen, die obligatorische Wirkung desselben zu entkräften; dann ist der andere Contrahent allein der zur Erduldung der Restitution verpflichtete Gegner, ganz als ob von einer persönlichen Klage die Rede wäre. Ist dagegen das durch Ersitzung einem Abwesenden entzogene Eigenthum zu restituiren, so ist der Besitzer der Sache, der meist auch der Eigenthümer seyn wird, der Verpflichtete, da gegen diesen die herzustellende Eigenthumsklage gerichtet wird. Geht die Restitution gegen eine angetretene oder ausgeschlagene Erbschaft, so sind die sehr mannichfaltigen Personen als Verpflichtete zu betrachten, mit welchen ein Erbe als solcher in Rechtsverhältnisse eintritt. — Man pflegt wohl diese Verschiedenheit so auszudrücken, daß die Restitution bald in personam, bald in rem gehe. Von diesem Gegensatz wird jedoch zweckmäßiger weiter unten, bei den Wirkungen der Restitution, gehandelt werden (§ 343).

Gewisse Personen sind wegen ihres persönlichen Verhältnisses zum Berechtigten von der Verpflichtung aus-

genommen, eine Reſtitution gegen ſich ergehen zu laſſen. Dieſe Ausnahmen haben Aehnlichkeit mit den für die actio doli vorgeſchriebenen Ausnahmen von der Verpflichtung, als Beklagte in dieſer Klage aufzutreten, dürfen jedoch nicht damit gleich geſtellt werden.

Bei der Reſtitution ſind ausgenommen die Eltern und der Patron des Berechtigten. Dieſe Ausnahme war früher beſtritten in ihren Bedingungen und Gränzen, iſt aber von Juſtinian in größter Ausdehnung anerkannt worden (a). — Bei der actio doli ſind gleichfalls ausgenommen die Eltern und der Patron; außer dieſen aber auch noch viele andere Perſonen, welchen der Berechtigte nach ſeiner Stellung Ehrfurcht ſchuldig iſt. Dagegen hat dieſe Ausnahme bei der actio doli die blos formelle Bedeutung, daß der Ausdruck dolus und die davon abhängende Entehrung vermieden werden ſoll; jede andere Wirkung der Klage ſoll durch eine actio in factum aufrecht erhalten werden (b). Bei der Reſtitution hat die Ausnahme eine ernſthaftere Bedeutung; weder die Reſtitution ſelbſt, noch ein Surrogat derſelben, ſoll gegen Eltern und Patrone in Anſpruch genommen werden, weil dieſen gar nicht zugetraut werden dürfe, daß ſie gegen ihre Kinder oder Freigelaſſene ein

(a) *L.* 2 *C. qui et adv. quos* (2. 42). Vergl. Burchardi S. 117—124. Göſchen Vorleſungen I. S. 540. Puchta Pandekten § 107 d.

(b) *L.* 11 § 1, *L.* 12 *de dolo* (4. 3), *L.* 27 § 4 *de min.* (4. 4).

Recht geltend machen könnten, welches zu einer Restitution Anlaß geben möchte (c).

Von dieser Begünstigung der Eltern und Patrone haben neuere Schriftsteller wiederum folgende Reihe von Ausnahmen aufgestellt, die aber insgesammt als solche nicht anerkannt werden können.

1. Gegen eine nachtheilige Arrogation kann ein minderjähriger Sohn allerdings Restitution fordern (d). Nur ist es ein Zirkel, Dieses als Ausnahme von der oben angegebenen Begünstigung anzusehen. Denn wenn die Restitution als begründet erkannt wird, so ist ja gerade das elterliche Verhältniß verneint, worauf allein die Begünstigung sich bezieht.

2. Wenn ein Vater seinen minderjährigen Sohn emancipirt, dann aber durch Klage die Emancipation als nicht geschehen angreift, und ein rechtskräftiges Urtheil für sich erlangt, so kann der Sohn allerdings Restitution gegen dieses Urtheil erhalten (e). Allein wegen dieser angeblichen Ausnahme gilt dieselbe Bemerkung, wie wegen der vorhergehenden. Denn wenn in Folge der Restitution ein entgegengesetztes Urtheil bewirkt wird, welches die Emancipation für gültig erklärt, so ist dadurch wiederum das Verhältniß zwischen Vater und Sohn beseitigt.

3. Wenn der Vater eine Sache zuerst seinem minder-

(c) *L.* 2 *C. cit.*
(d) *L.* 3. § 6 *de min.* (4. 4). (2. 27).
Vgl. oben § 319 Note p.
(e) *L.* 2 *C. si adv. rem jud.*

jährigen Sohn, dann aber einem Dritten, und zwar mit Einwilligung des Sohnes, ſchenkt, ſo kann der Sohn gegen dieſe ſeine Einwilligung Reſtitution verlangen (f). Hier geht aber die Reſtitution nicht gegen den Vater, ſondern gegen den Dritten, der die ſpätere Schenkung empfing.

4. Wenn einem in väterlicher Gewalt lebenden minderjährigen Sohne die Erbſchaft zufällt, über den Werth dieſer Erbſchaft Vater und Sohn verſchiedene Meinung haben, und deshalb der Sohn, im Widerſpruch mit der Anſicht des Vaters, die Erbſchaft ausſchlägt oder antritt, ſo kann er hinterher gegen dieſe ſeine Handlung Reſtitution erlangen (g). Auch hier, wie in dem vorhergehenden Falle, geht die Reſtitution nicht gegen den Vater, ſondern gegen die mancherlei fremde, dabei betheiligte Perſonen.

5. Wenn eine Mutter als Vormünderin die Rechte ihres Kindes beeinträchtigt, ſo kann dieſes dagegen Rechtsmittel jeder Art, unter andern auch die Reſtitution, gebrauchen (h). Dieſes iſt eine wahre Ausnahme jener Begünſtigung, allein da die Novelle Juſtinian's, worin ſich dieſe neueſte Beſtimmung findet, ungloſſirt iſt, ſo hat ſie für das heutige Recht keine Anwendbarkeit (i).

(f) *L.* 2 *C. si adv. don.* (2. 30).

(g) *L.* 8 § 1 *C. de bon. quae lib.* (6. 61).

(h) *Nov.* 155 *C.* 1.

(i) S. o. B. 1 § 17. Göſchen a. a. O. will die Novelle gelten laſſen als blos declaratoriſch, wofür ich ſie nicht halten kann, da ſie in der That das frühere Geſetz poſitiv einſchränkt. Puchta a. a. O. faßt die Sache ſo auf, daß die Reſtitution nur wegfalle gegen die

Zuletzt ist noch der Fall zu erörtern, wenn der Verpflichtete bei der Restitution gleichfalls eine besonders begünstigte Person ist. In einem solchen Fall fragt es sich, ob auch dieser Person gegenüber die Restitution verlangt werden könne.

Diese Frage tritt zuerst ein, wenn ein Minderjähriger gegen einen Minderjährigen restituirt seyn will. Hier wird meistens nur ein einseitiger Nachtheil vorhanden seyn; z. B. wenn eine Sache zu wohlfeil verkauft wird, hat nur der Verkäufer Nachtheil, und dieser wird restituirt, wobei der Käufer keinen Nachtheil erleidet in Vergleichung des ursprünglichen Zustandes. Sind aber beide im Nachtheil gekommen, z. B. wenn ein Minderjähriger dem andern Geld leiht, und dieser es verschwendet, so soll der Empfänger des Darlehens den Vorzug haben, d. h. es soll an dem gegenwärtigen Zustand Nichts verändert werden (k).

Wenn ein Abwesender die Sache eines anderen Abwesenden usucapirt, so ist nur ein einseitiger Nachtheil vorhanden, und die Restitution gegen die Usucapion hat kein Bedenken (l).

Giebt ein Minderjähriger ein Darlehen an einen Sohn in väterlicher Gewalt, so wird er gegen die exceptio Sc.

Eltern als solche (*L. 2 C. qui et adv. quos*), nicht gegen die in anderer Eigenschaft, z. B. als Vormünder, auftretende Eltern (Nov. 155). Allein auch jede andere Restitution geht nicht gegen die Eltern als solche, sondern in ihrer Eigenschaft als Contrahenten, Usucapienten u. s. w.

(k) *L. 11 § 6, L. 34 pr. de min.* (4. 4).

(l) *L. 46 ex quib. caus.* (4. 6).

Macedoniani reſtituirt, d. h. der Schutz des minderjährigen Alters ſoll in der Colliſion den Vorzug haben vor dem Verbot des Senatusconſults (m).

Wenn ein Minderjähriger ſeine Forderung gegen die Expromiſſion einer Frau aufgiebt, ſo wird ihm (ſo wie jedem Anderen) ſeine frühere Klage wiedergegeben, und wenn der alte Schuldner zahlungsfähig iſt, ſo entſteht für den Minderjährigen keine Läſion. Iſt aber der Schuldner inſolvent, ſo wird der Minderjährige reſtituirt, d. h. der Schutz des minderjährigen Alters hat im Colliſionsfall den Vorzug vor dem Verbot des Velleianiſchen Senatusconſults (n).

§. 337.

Reſtitution. — Verfahren.

Es gehörte zur Eigenthümlichkeit der Reſtitution ſchon von ihrem Urſprung an, daß die Prüfung und Gewährung derſelben nicht dem gewöhnlichen Gang des Verfahrens (dem ordo judiciorum) überlaſſen ward, ſondern dem höchſten Richteramt vorbehalten blieb, alſo extra ordinem vollzogen wurde (§ 316. 317).

Daher verfolgte Der, welcher eine Aenderung des beſtehenden Zuſtandes durch Reſtitution bewirken wollte, ſeinen Zweck nicht durch eine actio, da dieſe vor einem Juder

(m) *L.* 11 § 7, *L.* 34 § 1 *de min.* (4. 4), *L.* 3 § 2 *de Sc. Mac.* (14. 6), *L.* 9 *pr. de j. et facti ignor.* (22. 6).
(n) *L.* 12 *de min.* (4. 4).

hätte verhandelt werden müſſen (a), ſondern er bat vielmehr um eine cognitio, d. h. um eine Verhandlung unmittelbar vor dem Prätor ſelbſt (b). Damit hängt es zuſammen, wenn oft geſagt wird, die Reſtitution werde bewirkt durch cognitio, welches nur ein abgekürzter, nicht völlig genauer Ausdruck iſt, da es eigentlich das in Folge der cognitio erlaſſene Decret des Prätors war, welches die Reſtitution ertheilte (c). — Daß aber an die ertheilte Reſtitution eine Klage angeknüpft werden konnte, wird ſogleich weiter ausgeführt werden.

Eben ſo ſuchte der Beklagte eine Reſtitution nicht auf dem Wege einer exceptio, ſondern unmittelbar durch Verweigerung der Klage (d), obgleich auch hier eine exceptio, angeknüpft an die Reſtitution, wohl möglich war. — Daſſelbe Verhältniß trat wiederum bei dem Kläger ein, der die Verweigerung der exceptio unmittelbar durch Reſtitution bewirken konnte, nach den Umſtänden des

(a) *L.* 24 § 5. *de min.* (4. 4). „Ex hoc edicto nulla propria actio vel cautio proficiscitur, totum enim hoc pendet ex Praetoris cognitione.“ Die Worte vel cautio gehen auf die Fälle einer vom Prätor erzwungenen Stipulation, aus welcher dann wieder, in natürlicher Folge, eine actio (nämlich eine condictio) entſtand. *L.* 1 § 2 *de stip. praet.* (46. 5), *L.* 37 *pr. de o. et a.* (44. 7). Die abgedruckte Stelle geht übrigens zunächſt nur auf die Reſtitution der Minderjährigen, iſt aber darum nicht weniger wahr auch für alle übrige Reſtitutionen.

(b) Cognitionem postulare, impetrare. *L.* 39 § 6 *de proc.* (3. 3), *L.* 3 § 9 *de min.* (4. 4), *L.* 39 *pr. de evict.* (21. 2).

(c) *L.* 29 § 2. *L.* 47 § 1 *de min.* (4. 4). *L.* 1 *C. de off. praet.* (1. 39), *L.* 2 *C. si ut omissam* (2. 40).

(d) *L.* 27 § 1 *de min.* (4. 4).

einzelnen Falles aber auch eine replicatio an die Reſtitution knüpfte (e).

Dieſe Eigenthümlichkeiten ſind ſchon ſeit dem Untergang des alten ordo judiciorum verſchwunden, und können alſo auch in unſrem heutigen Prozeß um ſo weniger wahrgenommen werden. Hier erſcheint daher die Bitte um Reſtitution in Form einer gewöhnlichen Klage oder Einrede; bald ſelbſtſtändig, bald bei Gelegenheit eines anderen Rechtsſtreits, und in Verbindung mit demſelben. Da aber unſre Juriſten einen Römiſch ausſehenden Klagnamen für unentbehrlich hielten, ſo pflegten ſie dem Reſtitutionsgeſuch den Namen imploratio officii judicis beizulegen, ohne ſich daran zu ſtoßen, daß dieſer Name weder in unſren Rechtsquellen vorkommt, noch zu der urſprünglichen Form des Römiſchen Reſtitutionsverfahrens paßt.

Die meiſten Prozeßregeln, die über das Reſtitutionsverfahren aufgeſtellt werden, ſind einfacher Natur und geben zu Zweifeln keinen Anlaß. — Wer zur Reſtitution berechtigt iſt, kann nicht nur in eigener Perſon darum bitten, ſondern auch durch einen Procurator (f); jedoch nicht durch einen Generalbevollmächtigten, ſondern nur vermittelſt eines auf dieſes Geſchäft gerichteten beſonderen Auftrags (g). — Mit einer gewöhnlichen Klage iſt das Reſtitutionsverfahren darin

(e) *L.* 9 § 4 *de jurej.* (12. 2).

(f) *L. un. C. etiam per pro c.* (2. 49).

(g) *L.* 25 § 1, *L.* 26 *de min.* (4. 4). Ueber das Vertretungsrecht des Vaters, nach *L.* 27 *pr. de min.* (4. 4), ſ. o. § 323 Note p.

gleichartig, daß es nur Gültigkeit hat, wenn die Gegner des Berechtigten dazu gehörig vorgeladen sind, und entweder erscheinen, oder durch Ungehorsam ausbleiben (h). Der ausbleibende Gegner kann auch durch einen Vertreter vertheidigt werden, der aber, eben so wie in einem gewöhnlichen Rechtsstreit, Bürgen stellen muß (i). Nur Restitutionen gegen Versäumnisse im Prozeß werden nicht selten auch ohne Anhörung des Gegners (brevi manu) ertheilt (k).

Die schwierigste und bestrittenste Frage in dem Verfahren bei der Restitution ist die über das sogenannte judicium rescindens und rescissorium, womit es folgende Bewandtniß hat (l).

Der Zweck der Restitution, die Herstellung des Verletzten in seinen früheren Zustand, kann nach Verschiedenheit der Umstände auf zweierlei Weise erreicht werden.

Es kann geschehen durch ein einfaches Decret des Prätors, welches in Folge einer bloßen cognitio die Sache völlig erledigt, so daß Nichts mehr zu thun übrig bleibt. Dieser Fall tritt stets ein bei der Restitution gegen Versäumnisse oder Versehen im Prozeß, indem das Decret die restituirte Partei in dieselbe Lage versetzt, wie wenn die

(h) *L.* 13 *pr. de min.* (4. 4), *L.* 1 *C. si adv. dotem* (2. 34). — Bei der Restitution gegen den Erwerb einer Erbschaft sind sämmtliche Gläubiger des Verstorbenen als Gegner vorzuladen. *L.* 29 § 2 *de min.* (4. 4), *Nov.* 119 *C.* 6.

(i) *L.* 26 § 1 *de min.* (4. 4).

(k) Puchta Vorlesungen S. 216.

(l) Ausführlich handelt davon Burchardi § 24. 25. 26, wo auch viele andere Schriftsteller angeführt und beurtheilt werden.

Verſäumniß oder das Verſehen nicht Statt gefunden hätte. — Derſelbe Fall findet ſich oft, ja meiſtens, bei der Reſtitution eines Minderjährigen. Hat Dieſer eine Sache zu theuer gekauft oder zu wohlfeil verkauft, ſo wird der Gegner gezwungen, im erſten Fall das Geld, im zweiten die verkaufte Sache zurück zu geben, und mit dieſem Decret iſt jeder Verletzung des Minderjährigen vollſtändig abgeholfen (m). — Allein auch dieſe cognitio des Prätors kann wieder auf verſchiedene Fragen gerichtet ſeyn, alſo in verſchiedene Stufen der Unterſuchung zerfallen, deren jede vielleicht durch ein beſonderes Decret entſchieden wird, indem z. B. das Alter ſelbſt, ferner das Daſeyn einer Verletzung, endlich der Zuſammenhang der Verletzung mit der Minderjährigkeit, beſtritten werden kann (n).

Es kann aber auch geſchehen durch das reſtituirende Decret des Prätors, verbunden mit einem darauf folgenden ganz anderen Rechtsſtreit, durch welchen erſt die völlige Befriedigung des Verletzten herbeigeführt wird. In vielen Fällen nämlich ſoll die Reſtitution nur dazu dienen, ein Hinderniß wegzuräumen, welches dem Gebrauch irgend eines anderen ſelbſtſtändigen Rechtsmittels (Klage oder Einrede) im Wege ſteht. Dann erwartet der Verletzte von der Reſtitution nicht ſowohl die Herſtellung des erwünſchten früheren Zuſtandes ſelbſt, als die Herſtellung eines verlorenen

(m) *L.* 24 § 4 *de min.* (4. 4), *L.* 39 § 6 *de proc.* (3. 3), *L.* 39 *pr. de evict.* (21. 2) „fundus praetoria cognitione ablatus.“

(n) *L.* 39 *pr. de min.* (4. 4).

Klagerechts, deſſen Anwendung ihm dann, wie er hofft, zum Genuß jenes Zuſtandes verhelfen ſoll. Hieraus entſtehen alſo zwei an ſich getrennte Prozeſſe, und man kann die Reſtitution inſofern eine bedingte Hülfe nennen, als ſie dem Verletzten nur unter der Bedingung einen wirklichen Vortheil verſchafft, als er den zweiten Prozeß gewinnt.

Auf zuſammengeſetzte Verhältniſſe der hier beſchriebenen Art beziehen ſich die oben erwähnten Kunſtausdrücke. Judicium reseindens nennen unſre Schriftſteller den Streit über die Reſtitution, der mit dem Ausſpruch derſelben endigt (alſo die praetoria cognitio); judicium rescissorium den darauf folgenden Rechtsſtreit, der durch die Reſtitution erſt möglich geworden iſt. Der erſte dieſer Ausdrücke iſt von den Neueren willkürlich gebildet; der zweite iſt ein ächter Kunſtausdruck, von den Römern abwechſelnd gebraucht mit restitutorium judicium oder actio (o). Nur iſt der Ausdruck rescissoria actio nicht beſchränkt auf die Herſtellung einer verlorenen Klage durch die prätoriſche in integrum restitutio; derſelbe wird vielmehr auch gebraucht, wenn eine ſolche Herſtellung unmittelbar nach einer Regel des Civilrechts, unabhängig von dem freien Ermeſſen des Prätors eintritt (p).

(o) *Rescissoria* actio. *L.* 28 § 5. 6 *ex quib. caus.* (4. 6), *L.* 24 *C. de R. V.* (3. 32), *L.* 18 *C. de j. postlim.* (8. 51). — *Restitutoria* actio oder judicium. *L.* 3 § 1 *de eo per quem* (2. 10), *L.* 46 § 3 *de proc.* (3. 3), *L.* 7 § 3 *quod falso* (27. 6).

(p) Wenn z. B. eine Frau expromittirt, ſo wird ſie nicht verpflichtet, aber die eigentlich untergegangene Klage des vorigen

Das hier beſchriebene zuſammengeſetzte Verfahren iſt beſonders anwendbar auf die Reſtitution der Abweſenden, bei welcher ſchon die Worte des Edicts auf die Wiederherſtellung einer verlorenen Klage gerichtet waren (§ 325). Es iſt aber keinesweges auf dieſen Reſtitutionsgrund eingeſchränkt, ſondern nicht ſelten auch bei Minderjährigen anwendbar, und es iſt auf der anderen Seite bei Abweſenden nicht allgemein und nothwendig.

Die Anwendbarkeit jenes Verfahrens auf Minderjährige wird anerkannt von Ulpian in einer Stelle, die vor allen anderen dazu geeignet iſt, den Gegenſatz beider Verfahrungsarten zur Anſchauung zu bringen (q). Ulpian ſagt, die Reſtitution werde einem Minderjährigen zuweilen in rem gegeben, z. B. wenn die von ihm mit Nachtheil verkaufte Sache durch neue Veräußerung in die Hand eines Dritten gekommen ſey, gegen welchen er nun in manchen Fällen Reſtitution begehren könne; dabei fügt er folgende Worte hinzu:

> et hoc vel cognitione Praetoria, vel rescissa alienatione, dato in rem judicio.

Dieſe Worte enthalten die Andeutung des oben beſchriebenen zweifachen Verfahrens: des einfachen (cognitione

Schuldners kann wieder gebraucht werden als *rescissoria* actio, wozu es keiner Reſtitution durch den Prätor bedarf. *L.* 16 *C. ad Sc. Vell.* (4. 29). Auch dieſe heißt anderwärts *restitutoria*. *L.* 8 § 9. 12. 13 *ad. Sc. Vell.* (16. 1).

(q) *L.* 13 § 1 *de min.* (4. 4). Ueber dieſe Stelle iſt zu vergleichen Burchardi S. 443. 444.

Praetoria [r]), und des zuſammengeſetzten, beſtehend aus der Reſtitution gegen die Veräußerung, und einer darauf folgenden Eigenthumsklage vor dem Juder. Beide Arten des Verfahrens werden hier ſo zuſammengeſtellt, daß in einem und demſelben Rechtsfall, je nach den Umſtänden, ſowohl die eine als die andere anwendbar ſeyn ſoll (s).

Auf der anderen Seite aber war auch bei den Abweſenden das zuſammengeſetzte Verfahren nicht allgemein und nothwendig, vielmehr konnte auch hier zuweilen die einfache cognitio genügen, ja für manche Fälle wurde ſpäterhin dieſe kürzere Behandlung ſogar vorzugsweiſe angewendet. Dieſes iſt anerkannt in folgender, oft mißverſtandenen Stelle des Calliſtratus (t):

> Hoc edictum, quod ad eos pertinet qui eo continentur, minus in usu frequentatur; hujusmodi enim personis extra ordinem jus dicitur ex senatusconsultis et principalibus constitutionibus.

Da hier das neuere extra ordinem als Gegenſatz gegen das urſprüngliche Verfahren nach dem Edict bezeichnet wird, ſo könnte man leicht zu der irrigen Anſicht verleitet werden, als ob der alte Juriſt das urſprüngliche, rein nach dem

(r) Man muß hinzudenken: *sola* cognitione, denn auch die in dem zweiten Fall erwähnte rescissio alienationis geſchah ſtets in Folge einer prätoriſchen cognitio.

(s) Eine ähnliche Zuſammenſtellung beider Verfahrungsarten für einen und denſelben Rechtsfall findet ſich in *L.* 9 § 4 *de jurej.* (12. 2) (Note e); nur nicht in Beziehung auf eine Klage, ſondern auf eine Replication.

(t) *L.* 2 *pr. ex quib. caus.* (4. 6). Vgl. Burchardi S. 466 bis 468.

Edict eingerichtete Reſtitutionsverfahren für eine Art von ordinarium judicium ausgeben wolle. Er will vielmehr ſagen, es werde in ſolchen Fällen jetzt Alles abgethan durch bloße cognitio, alſo extra ordinem, ohne noch eine beſondere actio nachfolgen zu laſſen (u). — Ferner darf den Worten des Calliſtratus nicht ein ſo allgemeiner Sinn beigelegt werden, als ob die Neuerung alle Fälle des Edicts über die Abweſenden umfaßt hätte. Ohne Zweifel iſt hier die Rede von einem der zahlreichen juriſtiſchen Privilegien der Soldaten; dieſen ſollte auf die kürzeſte und leichteſte Weiſe zu ihrem verlorenen Rechte verholfen werden, welches allerdings geſchah, wenn der Prätor extra ordinem die Sache abmachte. Andere Abweſende, z. B. Verbannte, oder auch der Freiheit Beraubte, auf ähnliche Weiſe zu begünſtigen, war weder ein juriſtiſcher, noch ein politiſcher Grund vorhanden. Und eben ſo war für den umgekehrten Fall (die Reſtitution gegen die Abweſenden) gewiß das alte Verfahren unverändert beibehalten worden (v).

Aus der hier geführten Unterſuchung ergiebt es ſich, daß in vielen Fällen das einfache Verfahren allein möglich war, in anderen Fällen das zuſammengeſetzte allerdings möglich, aber nicht durchaus nothwendig. Dann hatte ohne

(u) Das extra ordinem jus dicitur hat alſo hier denſelben Sinn, wie in der vorhergehenden Stelle das (*sola*) cognitione Praetoria (Note r).

(v) Darauf deuten ſelbſt die Worte der Stelle, *hujusmodi enim personis* extra ordinem jus dicitur; alſo nicht, wenn etwa Anweſende gegen ſolche die Reſtitution begehren.

Zweifel der Prätor freie Macht, zu entſcheiden, welches Verfahren in jedem einzelnen Fall als das zweckmäßigere vorzuziehen ſey (w); gewiß aber konnte auch die Partei auf das eine oder das andere antragen (x). Wir können aber als wahrſcheinlich annehmen, daß, ſo lange der alte ordo judiciorum beſtand, dieſem nicht ohne Noth Etwas entzogen wurde, das zuſammengeſetzte Verfahren alſo in Anwendung kam, da wo es überhaupt möglich und nicht durch dringende Gründe widerrathen war.

Im heutigen Prozeß ſteht inſofern die Sache ganz anders, als ſtets ein und derſelbe Richter über die Reſtitution und über die dadurch etwa herzuſtellende Klage zu erkennen hat. Es hat keinen Zweifel, daß das Verfahren über beide Rechtsfragen von Anfang an verbunden (cumulirt) werden kann, und daß die Partei ſchon ihre Anträge hierauf richten darf. Aber es iſt eben ſo wenig zweifelhaft, daß es dem Bedürfniß einzelner Sachen angemeſſener ſeyn kann, beide Verhandlungen gänzlich zu trennen, und zuerſt das judicium rescindens abgeſondert zu einer rechtskräftigen Entſcheidung zu bringen, ehe das rescissorium eingeleitet wird (y).

(w) Burchardi S. 464—470. Ein paſſendes Beiſpiel, wie in einzelnen Fällen der Vorzug beſtimmt werden konnte, findet ſich ebendaſ. S. 443.

(x) In dieſem Sinn iſt es zu verſtehen, wenn von Manchen behauptet wird, beide Theile des Reſtitutionsverfahrens hätten ſchon nach R. R. cumulirt werden können. Burchardi S. 461—464.

(y) Burchardi §. 26. — Göſchen Vorleſungen S 541.

Puchta giebt dem an ſich richtig aufgefaßten Gegenſatz des judicium rescindens und rescissorium noch folgenden Zuſatz. Er ſagt, der Prätor habe auch noch das judicium rescindens gleichſam ſpalten können, indem er z. B. die Reſtitution wegen Zwanges in zwei Fragen zerlegte: eine rechtliche, über die Verletzung und deren Zuſammenhang mit dem (angeblichen) Zwang, worüber er ſelbſt (hypothetiſch) entſchied; eine factiſche, über das Daſeyn des Zwanges, worüber er von einem Juder entſcheiden ließ. Dieſes ſey die äußerſte Gränze der Reſtitution geweſen, und ſo ſey insbeſondere die actio quod metus causa behandelt worden (z). — Dieſe allzu ſubtile Annahme kann ich nur als einen nicht glücklichen Vermittlungsverſuch anſehen zwiſchen der ſtrengen Scheidung der wahren Reſtitution von den ſogenannten Reſtitutionsklagen auf der einen Seite, und der (ungehörigen) Vermengung dieſer beiden Arten von Schutzmitteln auf der andern Seite Wenn der Prätor ſich entſchloß, eine Sache als Gegenſtand der Reſtitution zu behandeln, ſo entſchied er allein über die Reſtitution als ſolche vollſtändig, und gab höchſtens nachher eine actio. Wir haben durchaus keinen Grund zu der Annahme, daß jemals im älteren Recht ein Theil der Reſtitutionsfrage an einen Juder gewieſen worden wäre.

(z) Puchta Pandekten § 105. Inſtitutionen §. 177.

§. 338.

Reſtitution. — Verfahren. (Fortſetzung.)

Wie das eigentliche Klagerecht auf eigenthümliche Weiſe aufgehoben werden konnte (a), ſo müſſen auch für das Recht zur Reſtitution, welches mit dem Klagerecht zwar nicht gleichbedeutend, dennoch verwandt iſt, zwei beſondere Aufhebungsgründe anerkannt werden. Dieſe ſind: der Verzicht und die Verjährung.

I. Verzicht.

Zwar hat dieſer Aufhebungsgrund eine allgemeinere, über das Gebiet der Reſtitution weit hinaus reichende Natur (§ 302); dennoch muß die Anwendung deſſelben auf die Reſtitution hier beſonders feſtgeſtellt werden.

Der Berechtigte kann ſeinen Anſpruch auf Reſtitution, nachdem er ihn zuerſt geltend machte, aufgeben durch eine ausdrückliche Willenserklärung. Dieſe wird desistere genannt; es wird aber beſonders bemerkt, dazu genüge es nicht, wenn der Berechtigte blos den Prozeß liegen laſſe, ſondern er müſſe ſeinem Recht ſelbſt gänzlich entſagen (b).

Dieſelbe Wirkung aber, wie die ausdrückliche Entſagung, hat die ſpätere Genehmigung oder Beſtätigung derjenigen Handlung, gegen welche die Reſtitution hätte geſucht werden können; alſo die comprobatio oder ratihabitio (c). Des-

(a) S. o. B. 5 §. 230—255.

(b) *L.* 20 § 1 *de min.* (4. 4), *L.* 21 *eod.* „Destitisse autem is videtur, non qui distulit, sed qui liti renuntiavit in totum."

(c) *L.* 3 § 1 *de min.* (4. 4), *L.* 1. 2 *C. si major factus* (2. 46).

gleichen kann dieſe Wirkung hervorgebracht werden auch durch ſolche Handlungen, welche mit dem Zweck und Erfolg der erlangten Reſtitution im Widerſpruch ſtehen würden. Hat alſo z. B. ein Minderjähriger die Friſt einer B. P. contra tabulas verſäumt und gegen dieſe Verſäumniß Reſtitution geſucht, dann aber aus demſelben Teſtament ein Legat eingefordert, ſo iſt dadurch die Reſtitution unmöglich geworden, weil durch die Forderung des Legats die Gültigkeit des Teſtaments anerkannt worden iſt (d).

Dieſe Handlungen ſind nur dann dazu geeignet, das Recht zur Reſtitution aufzuheben, wenn ſie zu einer Zeit vorgenommen werden, worin der beſondere Zuſtand, der den Reſtitutionsgrund bildet, bereits aufgehört hat. Der Verzicht auf die Reſtitution eines Minderjährigen iſt alſo nur wirkſam, wenn er nach eingetretener Volljährigkeit erklärt wird; denn ein früherer Verzicht würde wieder derſelben Reſtitution unterliegen, wie das urſprüngliche Rechtsgeſchäft, welches durch Reſtitution entkräftet werden ſoll. Eben ſo verhält es ſich mit der Reſtitution wegen Zwanges, wenn der Verzicht erklärt wird unter dem fortdauernden Einfluß deſſelben Zwanges, der die Reſtitution begründete; Der Verzicht iſt alſo nur gültig, wenn er im Zuſtand hergeſtellter völliger Freiheit erfolgt.

Die Anwendung dieſer letzten Regel kann in ſolchen Fällen ſchwierig und zweifelhaft werden, worin ein Rechts-

(d) *L.* 30 *de min.* (4. 4).

geschäft eine längere Zeit hindurch fortgeführt wird, und in mehreren einzelnen Handlungen sichtbar hervortritt. Hierüber sind die Aeußerungen Ulpian's etwas schwankend. Wenn ein Minderjähriger einen auf längere Dauer berechneten Vertrag schließt, und nach erlangter Volljährigkeit einzelne Handlungen in Beziehung auf diesen Vertrag vornimmt, so liegt darin eine Genehmigung, wodurch die Restitution gegen den Vertrag ausgeschlossen wird (e). — Fängt ein Minderjähriger einen Rechtsstreit an, der während der Volljährigkeit zu seinem Nachtheil entschieden wird, so soll er gegen dieses Urtheil in der Regel nicht restituirt werden, sondern nur ausnahmsweise, wenn der Gegner unredlicherweise den Rechtsstreit so hingehalten hat, daß das Urtheil erst zu dieser Zeit erfolgte (f). — Hat ein Minderjähriger eine nachtheilige Erbschaft angetreten, und nach erlangter Volljährigkeit Erbschaftsschulden eingeklagt, so soll er dennoch Restitution gegen den Erwerb der Erbschaft erhalten, weil man auf den Anfang dieser Reihe von Handlungen sehen soll (g).

(e) *L.* 3 § 1 *de min.* (4. 4).

(f) *L.* 3 § 1 *cit.* Um diese Entscheidung richtig zu finden, muß man hinzu denken, wie es auch wohl Ulpian meinte, daß das Urtheil unmittelbar nach erreichter Volljährigkeit erfolgte, also ehe der nun volljährig Gewordene Zeit hatte, die bisherige nachtheilige Führung seines Rechtsstreits zu entdecken und zu verbessern.

(g) *L.* 3 § 2 *eod.* „. . putavimus tamen restituendum in integrum, initio inspecto." Diese Entscheidung vermag ich nicht mit allgemeinen Grundsätzen, und insbesondere mit der Entscheidung über die B. P. (Note d) in Einklang zu bringen.

II. Verjährung (h).

Der Gedanke liegt ſehr nahe, die Verjährung der Reſtitution als eine einfache Anwendung der Klagverjährung anzuſehen, und daher die für dieſe letzte geltenden Regeln auf die Reſtitution unmittelbar anzuwenden. Dem Römiſchen Recht aber iſt dieſer Gedanke völlig fremd, und in ihm hat die verjährte Reſtitution mehr Verwandtſchaft mit einer verſäumten Prozeßfriſt, als mit einem verjährten Klagerecht (i). Allerdings hat nun in unſrem heutigen Recht die Reſtitution, was das Verfahren betrifft, weit mehr die Natur einer gewöhnlichen Klage angenommen (§ 337). Dennoch würde es auch hier ungehörig, oft unmöglich ſeyn, die Regeln der Klagverjährung auf die Reſtitution einfach zu übertragen; theils aus Gründen, die in der eigenthümlichen Natur des Gegenſtandes liegen, theils weil die Ausſprüche des Römiſchen Rechts über die Verjährung der Reſtitution auf der Vorausſetzung einer völligen Verſchiedenheit beider Rechtsinſtitute beruhen.

Eine durchgreifende Verſchiedenheit zeigt ſich unter andern darin, daß die Verjährung nicht blos anwendbar iſt, wenn die Reſtitution angriffsweiſe, alſo einer Klage ähnlich wirkend, gebraucht werden ſoll, ſondern auch, wenn ſie vertheidigungsweiſe geſucht wird, das heißt um eine verlorene

(h) Davon handelt ausführlich Burchardi § 27. Vgl. Unterholzner Verjährungslehre § 151. bis 155.

(i) S. o. B. 4 S. 300. 307, B. 5 S. 415.

Exception wieder zu erlangen, oder anstatt einer Exception (die dadurch entbehrlich wird) der Klage eines Andern entgegen zu wirken. Zur Begründung dieser Exception ist es also nöthig, daß der, welcher Anspruch auf die Restitution hat, diese binnen der vierjährigen Frist erbitte, auch wenn der Gegner nicht innerhalb dieser Frist die Klage anstellt, und dadurch das unmittelbare Bedürfniß einer Exception herbeiführt. Die Nothwendigkeit, diese Restitutionsfrist zu wahren, ist also nicht zu verwechseln mit einer Verjährung der Exception als solcher, von welcher allerdings nicht die Rede seyn kann (k).

Ein wichtiger Fall der Anwendung einer solchen Exception ist schon oben vorgekommen. Wenn die Sache eines Abwesenden von einem Anderen usucapirt wird, nach der Rückkehr des vorigen Eigenthümers aber durch Zufall wieder in dessen Besitz kommt, so bedarf Dieser zu seinem Schutz keiner Klage, sondern nur einer Exception (§ 330. r). Um aber diese Exception in irgend einer künftigen Zeit mit Erfolg gebrauchen zu können, muß er den Anspruch auf dieselbe durch Restitution binnen vier Jahren begründen.

Gesetzt nun, dieser vorige Eigenthümer verliert abermals den wieder erlangten Besitz, bevor es zu einem Rechtsstreit gekommen ist, so befindet er sich wieder in der früheren

(k) S. o. B. 5 S. 414. 415. Für den Fall der Minderjährigkeit wird die hier aufgestellte Nothwendigkeit, die Restitutionsfrist zu beobachten, ausdrücklich anerkannt von Ulpian in L. 9 § 4 *de jurej.* (12. 2).

Lage, und bedarf der Reſtitution, um ſeine Klage gegen Den, der uſucapirt hat, zu begründen oder zu ſichern, ſo wie es oben ausgeführt worden iſt. Damit ſcheint im Widerſpruch zu ſtehen eine Stelle des Paulus, nach welcher dieſe neue Klage nicht mehr an die Reſtitutionsfriſt gebunden ſeyn ſoll (l). Dieſe Behauptung läßt ſich mit allgemeinen Grundſätzen nur durch die Annahme in Einklang bringen, daß hier Paulus von der Klage gegen einen dritten Beſitzer rede, nicht gegen Den, welcher uſucapirt hat. Denn wenn gegen dieſen Dritten mit der Publiciana geklagt wird, ſo hat derſelbe allerdings nicht die exceptio dominii (da nicht er uſucapirt hatte), und es bedarf mithin auch nicht zu deren Ueberwindung einer Reſtitution, alſo auch nicht der Beobachtung einer Reſtitutionsfriſt.

§. 339.

Reſtitution. — Verfahren. (Fortſetzung.)

Es ſind nunmehr die Bedingungen dieſer Verjährung aufzuſtellen; die Anordnung dieſer Bedingungen ſoll, der leichteren Vergleichung wegen, ſo viel als möglich den Be-

(l) *L.* 31 *ex quib. caus.* (4. 6) „Si is, cujus rem usucepit reip. causa absens, possessionem suae rei ab illo usucaptae nactus sit, etsi postea amiserit, non temporalem, sed perpetuam habet actionem.“ — Die Gloſſe ſetzt zur Löſung der Schwierigkeit voraus, der vorige Eigenthümer habe wirklich Reſtitution geſucht und erhalten, nachher aber den Beſitz wieder erlangt. Dann aber verſtand ſich doch die Sache zu ſehr von ſelbſt, um noch einer Erwähnung werth zu ſeyn.

dingungen der Klagverjährung angenähert werden (a). Sie beziehen sich auf den Anfang, die Unterbrechung, den Ablauf der Verjährung.

1. Der Anfang dieser Verjährung ist abzuleiten aus der Natur des Restitutionsgrundes. Dieser wurde im Allgemeinen gedacht als ein besonderer (abnormer) Zustand des Verletzten, dazu geeignet, eine solche außerordentliche Rechtshülfe zu rechtfertigen (§ 320). Die Verjährung fängt daher an in dem Zeitpunkt, worin jener abnorme Zustand aufhört; nicht früher, nicht später. Für die meisten und wichtigsten Fälle hat diese Regel keinen Zweifel; es wird darauf ankommen, die einzelnen Restitutionsgründe unter diesem Gesichtspunkt durchzugehen.

Die Restitution wegen Minderjährigkeit verjährt vom vollendeten fünf und zwanzigsten Lebensjahre an (b); wird der Minderjährige früher für volljährig erklärt, von diesem Zeitpunkt an (c). Diese Regel aber hat nicht zugleich die Bedeutung, als ob es dem Minderjährigen versagt wäre, schon früher die Restitution zu erbitten; er kann Dieses zu jeder Zeit thun (d), und eben hieraus erklärt es sich, daß auch gegen eine solche, auf übereilte Bitte ertheilte, Restitution wiederum eine neue Restitution gesucht werden kann (§ 319 Note u).

(a) S. o. B. 5 §. 239 — 247.
(b) *L.* 7 *pr. C. de temp.* (2. 53).
(c) *L.* 5 *pr. C. de temp.* (2. 53).
(d) *L.* 5 § 1 *C. de in int. rest. min.* (2. 22).

Die Reſtitution wegen Abweſenheit verjährt von dem Zeitpunkt an, mit welchem das Hinderniß der Rechtsverfolgung aufhört (e); alſo in der Regel, ſobald der Abweſende nach ſeinem Wohnort zurückkehrt.

Die Reſtitution wegen Zwang muß nach demſelben Grundſatz verjähren, von der Zeit an, in welcher der abnorme Zuſtand des Zwanges, d. h. der abſichtlich erregten Furcht, aufhört, der Verletzte alſo ſeine volle Freiheit zu handeln wieder erlangt. Die Zweifel gegen dieſe Annahme können erſt bei dem Ablauf der Verjährung deutlich gemacht werden. — Schon hier aber iſt zu bemerken, daß dieſe Beſtimmung von ſehr geringer praktiſcher Erheblichkeit iſt. Denn es kann zwar leicht geſchehen, daß eine einzelne, vorübergehende Handlung durch Zwang erpreßt werde, und darauf eben bezieht ſich dieſe ganze Reſtitution. Dagegen iſt es nicht leicht denkbar, daß ein ſolcher Zuſtand ſo lange fortdauere, wie es zum Ablauf der Verjährungszeit, oder auch nur eines merklichen Theils derſelben, nöthig wäre; denn in einem ſolchen Zeitraum wird es faſt immer dem Bedrohten möglich ſeyn, richterlichen oder polizeilichen Schutz für ſeine Freiheit zu finden.

Die Reſtitution wegen Betrugs wird auf gleiche Weiſe verjähren müſſen mit dem Aufhören des abnormen Zuſtandes, d. h. der Täuſchung, in welche der Verletzte durch

(e) *L.* 1 § 1 *ex quib. caus.* (4. 6), „intra annum quo primum de ea re experiundi potestas erit“. *L.* 7 § 1 *C. de temp.* (2. 53).

den unredlichen Willen des Gegners versetzt worden ist. Die Zweifel gegen diese Behauptung werden auch hier erst bei dem Ablauf der Verjährung erwähnt werden. — Die praktische Unerheblichkeit dieser Bestimmung, die so eben bei dem Zwang bemerkt worden ist, läßt sich bei dem Betrug nicht geltend machen. Denn der Zustand einer absichtlich erregten Täuschung kann allerdings lange Zeit hindurch fortdauern, also nicht blos auf einzelne, vorübergehende Handlungen einwirken.

Eben so verhält es sich mit der Restitution wegen Irrthums, die also auch verjähren müßte von der Zeit an, in welcher der Verletzte von dem Irrthum befreit wird. Hier aber ist die Frage weniger erheblich, weil diese ganze Restitution nicht nur an sich unwichtig ist, sondern auch fast nur bei Prozeßversäumnissen vorkommt, wobei von einer Verjährung der Restitution nur selten die Rede seyn wird.

Der bisher aufgestellte Grundsatz aber für den Anfang der Verjährung ist völlig unanwendbar auf diejenigen Restitutionsgründe, welche nicht so, wie die bisher erwähnten, ein zufälliges und vorübergehendes, sondern ein immerwährendes Daseyn haben. So verhält es sich mit der Restitution der Stadtgemeinden, der Kirchen und Klöster, die niemals aufhören, in dem Zustand zu seyn, der ihnen überhaupt Anspruch auf Restitution giebt. Hier bleibt Nichts übrig, als die Verjährung anfangen zu lassen von der Zeit der Verletzung selbst, gegen welche die Resti-

tution Hülfe gewähren ſoll. Bei den Kirchen iſt dieſer an ſich unzweifelhafte Grundſatz auch geſetzlich anerkannt (f).

Der Anfang der Verjährung iſt hier in der Regel feſtgeſtellt worden auf die Zeit, in welcher der den Reſtitutionsgrund bildende abnorme Zuſtand aufhört; ausnahmsweiſe auf die Zeit der Verletzung. Nach einer ſehr verbreiteten Meinung aber ſoll ſelbſt in dieſen Zeitpunkten die Verjährung nicht anfangen können, wenn nicht noch eine andere Bedingung hinzutrete: das Bewußtſeyn des Verletzten von der erlittenen Verletzung (g).

Einige ſtellen dieſe Behauptung ganz allgemein auf, alſo ſchon für das Römiſche Recht. In dieſer Geſtalt iſt ſie am entſchiedenſten zu verwerfen, da ſie mit Irrthümern theils über eine ähnliche Bedingung der Klagverjährung, theils über den Römiſchen Kunſtausdruck der experiundi potestas zuſammenhängt.

Andere wollen dieſelbe Behauptung nur aus dem canoniſchen Recht ableiten, welches in Beziehung auf die Kirchen das Bewußtſeyn der Verletzung für den Anfang der Verjährung fordern ſoll; theils indem ſie nun den Satz ſelbſt

(f) *C.* 1 *de rest. in VI.* (1. 21) „si quadriennii spatium *post* sit lapsum“ (nämlich post sententiam vel contractum). *C.* 2 *eod.* „infra quadriennium *ab ipsius confessionis tempore* computandum“. *Clem. un. de rest.* (1. 11) „infra quadriennium continuum *a tempore laesionis*“.

(g) Vgl. oben B. 3 S. 415, B. 5 S. 282. — Glück B. 6 § 465 Note 3. Burchardi S. 517 — 524. Puchta Pandekten § 105. e.

auf die Kirchen beschränken, theils indem sie demselben eine allgemeinere Bedeutung beilegen, und die Erwähnung bei den Kirchen nur für einen zufälligen Umstand halten, indem das canonische Recht ihn als allgemein wahr voraussetze (h).

In der That aber enthält das canonische Recht jenen Satz gar nicht, weder allgemein, noch für die Kirchen. Man hat denselben finden wollen in den Ausdrücken: „Ecclesia quae . . beneficium restitutionis in integrum . . *negligenter* omiserit“ (i); eine Nachlässigkeit, nämlich sey nur vorhanden, wenn die Kirche von der Verletzung unterrichtet sey, und dennoch die Bitte unterlasse. — Dabei liegt ein gänzliches Verkennen des Wesens dieser Verjährung zum Grunde. Das Römische Recht geht aus von der Ansicht, daß jeder Minderjährige, der volljährig werde, jeder Abwesende, der zurückkehre, sogleich seinen ganzen Rechtszustand durchforschen solle, um etwa vorgefallene Verletzungen zu entdecken und zur Abhülfe zu bringen. Dazu hält man Vier Jahre (früher Ein Jahr) für hinreichend, und wer in dieser Zeit eine Verletzung nicht entdeckt, der gilt als nachlässig, und verfällt der Verjährung; nicht erst, wenn er sie entdeckt und nur zu träge ist, um sie vor Gericht geltend zu machen (k). Darauf bezieht sich nun der

(h) Ueber diesen letzten Gegensatz erklärt sich schwankend Burchardi S. 523 („zum wenigsten was die Restitution der Kirchen .. betrifft“).

(i) *C.* 1 *de rest. in VI.* (1. 21) Fast mit denselben Worten in *C.* 2 *eod.*

(k) Eben so verhält es sich auch mit dem Anfang der Klag-

Ausdruck des canoniſchen Rechts: negligenter omiserit, da wir durchaus keinen Grund haben zu der Annahme, daß das Römiſche Recht hierin von den Päbſten entweder mißverſtanden ſey, oder habe abgeändert werden ſollen.

Nach der hier aufgeſtellten Anſicht iſt alſo für den Anfang der Verjährung das Bewußtſeyn des Verletzten ganz gleichgültig. Nur bei zwei Reſtitutionsgründen verhält es ſich in ſofern anders, als bei ihnen der abnorme Zuſtand, deſſen Aufhören oben erfordert wurde, damit die Verjährung anfangen könne, gerade in dem mangelhaften Bewußtſeyn des Verletzten beſteht. Dieſes iſt der Betrug und der Irrthum. Der Verletzte muß alſo aufgehört haben, unter der Herrſchaft jenes mangelhaften Bewußtſeyns zu ſtehen, damit die Verjährung anfangen könne; die Täuſchung iſt in dieſen Fällen Daſſelbe, welches in anderen Fällen die Minderjährigkeit oder die Abweſenheit iſt, ein in beſonderen Schutz genommenes Hinderniß, Schaden abzuwenden. Die hier aufgeſtellte Behauptung alſo geht nicht etwa auf eine Ausnahme von den oben angegebenen Grundſätzen, ſondern vielmehr auf eine reine Anwendung derſelben (l).

Eine unmittelbare Beſtätigung dieſer Behauptung liegt in einer Stelle des canoniſchen Rechts. Wenn eine Kirche

verjährung, nur mit dem Unterſchied, daß dabei kein abnormer Zuſtand aufgehört haben muß, folglich die Verjährung ſtets mit der Verletzung ſelbſt anfängt.

(l) Auf die Reſtitution wegen Zwanges kann Dieſes natürlich nicht angewendet werden, da es kaum denkbar iſt, daß Jemand zu einer Handlung gezwungen werden ſollte,

durch ihr gerichtliches Geständniß in Nachtheil kommt, so kann sie als Kirche Restitution verlangen binnen Vier Jahren, von dem Geständniß an. Wenn sie aber einen Irrthum in dem Geständniß nachweist, und deswegen (so wie jeder Andere) Restitution begehrt (§ 331), so ist sie an die Vier Jahre nicht gebunden (m). Das will sagen, die Restitutionsfrist werde ihr dann gerechnet, nicht von dem Geständniß (der Läsion) an, sondern von der Zeit des entdeckten Irrthums an. Darin liegt zugleich die vollständige Widerlegung der so eben erwähnten Behauptung, nach welcher die Kirchen wegen des Anfangspunktes der ihnen als Kirchen zustehenden Restitution besonders privilegirt seyn sollen.

§. 340.

Restitution. — Verfahren. (Fortsetzung.)

2. Ununterbrochene Fortdauer der Verjährung.

Die zweite Bedingung der Verjährung besteht (bei der Restitution, wie bei den Klagen) in der ununterbrochenen Fortdauer bis zum Schluß. Es fragt sich also, worin eine Unterbrechung derselben bestehen könne.

Diese kann erstlich darin liegen, daß der abnorme Zustand, in dessen Aufhören der Anfang der Verjährung gesetzt wurde, vor dem Ablauf von Neuem eintritt. Bei der Minderjährigkeit ist Dieses von selbst unmöglich, bei der

ohne zugleich zu wissen, daß Dieses zu seinem Schaden geschehe.

(m) *C.* 2 *de restit. in VI.* (1. 21).

Abweſenheit kann es allerdings vorkommen. Wenn alſo der Abweſende zurückkehrt, vor Ablauf der Verjährung ſeinen Wohnort abermals verläßt, und dieſen abwechſelnden Zuſtand vielleicht öfter wiederholt, ſo ſind zwei verſchiedene Behandlungen dieſes Falles denkbar. Man könnte erſtens alle einzelne Zeiten der Gegenwart zuſammen rechnen, und die Verjährung als vollendet annehmen, wenn die Summe der geſetzlichen Verjährungszeit gleich käme. Man könnte aber auch zweitens die Verjährung nur dann für vollendet halten, wenn irgend eine einzelne Zeit der Gegenwart ſo lange gedauert hätte, als das Geſetz für die Verjährung fordert. Von dieſen beiden Berechnungsarten iſt die zweite, dem Verletzten günſtigere, als die richtige anzuſehen (a). Dabei liegt alſo der Gedanke zum Grunde, dem Verletzten müſſe irgend einmal die volle, ununterbrochene Verjährungszeit geſtattet worden ſeyn, um an ſeinem Wohnort prüfen

(a) *L.* 28 § 3 *ex quib. caus.* (4. 6). Daß die Stelle wirklich dieſen Sinn hat, zeigt folgender Anfang derſelben: „Si quis saepius reip. causa abfuit, *ex novissimo reditu* tempus restitutionis esse ei computandum, Labeo putat"; wobei natürlich vorausgeſetzt wird, daß er nicht ſchon nach der früheren Abweſenheit, in welcher er durch Uſucapion einen Verluſt erlitten hatte, ein volles Jahr zu Hauſe geblieben war. Die nachfolgenden Worte könnten ſo verſtanden werden, als wenn von einem Zuſammenrechnen der Zeiten der Abweſenheit die Rede ſeyn möchte, die doch ganz gleichgültig ſind. In den Worten: si omnes quidem absentiae annum colligant liegt daher ein ungenauer Ausdruck für die auf jede Abweſenheit folgende Zeit der Gegenwart, während welcher ja allein die Verjährung laufen kann. Cujacius obs. XIX. 15 ſagt ganz richtig, absentiae ſtehe hier für intervalla absentiarum.

zu können, welchen Einfluß die Vergangenheit, in welcher er abwesend war, auf seine Rechtsverhältnisse etwa ausgeübt haben möge.

Zweitens kann die Unterbrechung aber auch darin liegen, daß der Verletzte sein Recht zur Restitution wirklich geltend macht; dürften wir hier die Regeln von der Klagverjährung anwenden, so würde die Unterbrechung schon in der Insinuation des Restitutionsgesuchs zu finden seyn (b). Allein Justinian sagt ausdrücklich, innerhalb der Verjährungsfrist müsse der Restitutionsprozeß nicht nur angefangen, sondern auch vollendet werden, sonst sey die Restitution verloren (c).

Es würde unrichtig seyn, diese Vorschrift, so fremdartig sie uns erscheinen mag, als eine von Justinian ausgegangene willkürliche Neuerung anzusehen. Schon frühere Kaisergesetze stimmen damit völlig überein (d); ja auch schon die alten Juristen setzen denselben Grundsatz voraus, indem sie den Ablauf der Frist vor beendigtem Restitutionsprozeß nur dann für unschädlich halten, wenn die Verzögerung des Rechtsstreits dem Gegner zur Last fällt (e). Auch schließt sich diese Vorschrift ganz einfach an die Prozeßverjährung des alten Rechts an, und sie war bei der

(b) S. o. B. 5 § 242.

(c) *L.* 7 *pr. C. de temp.* (2. 53) „continuatio temporis observetur ad interponendam contestationem *finiendamque litem*". Wiederholt und bestätigt in *Clem. un. de rest.* (1. 11).

(d) Burchardi S. 503 — 506.

(e) *L.* 39 *pr. de min.* (4. 4).

Reſtitution um ſo natürlicher, als dieſe ſtets durch bloße cognitio vor dem Prätor abgemacht wurde, die wir gewiß als ein ſehr ſchleuniges Verfahren denken dürfen.

Für unſren heutigen Prozeß aber würde die Beobachtung dieſer Vorſchrift ganz unpaſſend ſeyn, und ſo iſt denn auch die Praxis von jeher darüber einverſtanden geweſen, dieſelbe unbeachtet zu laſſen (f). Die Unterbrechung der Verjährung erfolgt demnach durch die Inſinuation des Reſtitutionsgeſuchs, und die Verjährung der Reſtitution iſt in in dieſem Punkte mit der Klagverjährung ganz auf gleiche Linie getreten.

3. Ablauf der Verjährung.

Dieſer war urſprünglich auf Ein Jahr beſtimmt, und zwar auf einen annus utilis, ſowohl für die Minderjährigen, als für die Volljährigen (g). Bei den Minderjährigen heißt dieſe Zeit *legitimum* tempus (h), ohne Zweifel, weil ſie aus der Lex Plätoria auf die Reſtitution übertragen war (i).

Conſtantin gab für dieſe Verjährungszeit mannichfaltige und verwickelte Vorſchriften (k). Juſtinian aber führte wieder Alles auf eine einfache, leicht anwendbare Regel zurück, indem er anſtatt des alten annus utilis Vier

(f) Burchardi S. 507. Göſchen Vorleſungen S. 543.

(g) *L.* 19 *de min.* (4. 4), *L.* 7 *pr. C. de temp.* (2. 53) (für Minderjährige). — *L.* 1 § 1, *L.* 28 § 3. 4 *ex quib. caus.* (4. 6) (für Volljährige).

(h) *L.* 19 *de min.* (4. 4), *L.* 6 *pr. C. de temp.* (2. 53.).

(i) Zeitſchrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft B. 10 S. 253. — Unrichtig bezieht Burchardi S. 499 dieſen Ausdruck auf das prätoriſche Edict.

(k) Burchardi S. 500. 501.

gewöhnliche Kalenderjahre (quadriennium continuum), als allgemeine Verjährungsfriſt der Reſtitution vorſchrieb (l). Nur bei den für volljährig erklärten Minderjährigen gilt das beſondere Recht, daß ihre Reſtitution für frühere Verletzungen niemals vor dem vollendeten fünf und zwanzigſten Jahre verjähren ſoll, ſo daß alſo in dieſem Fall die Verjährung zuweilen länger als Vier Jahre dauern kann (m).

Irrigerweiſe wird die von Juſtinian neu eingeführte Zeit der Vier Jahre von Manchen auch auf die ſogenannten Reſtitutionsklagen angewendet (n); dieſe falſche Meinung iſt eine Folge der ſchon oben ausführlich widerlegten Vermengung dieſer Klagen mit der Reſtitution (§ 316). — Eben ſo irrig iſt es, wenn Andere die Verjährung der Vier Jahre nicht nur auf das ſogenannte judicium rescindens, ſondern auch auf das rescissorium beziehen, ſo daß jedes dieſer Rechtsmittel ſeine beſondere vierjährige Verjährung haben ſoll (o). Dieſe Meinung beruht auf einem gänzlichen Verkennen der Natur dieſer beiden Rechtsmittel. Das ſogenannte rescindens iſt der einzige, aber auch vollſtändige Reſtitutionsprozeß, und darauf beziehen ſich die Vier Jahre. Das rescissorium iſt eine gewöhnliche Klage, die von der verſchiedenſten Art ſeyn kann, und bald dieſer, bald jener Klagverjährung unterworfen iſt (p);

(l) *L. 7 pr. C. de temp.* (2. 53).
(m) *L. 5 pr. C. de temp.* (2. 53).
(n) Burchardi S. 513. 514.
(o) Burchardi S. 507. 508.
(p) Dieſe Klagverjährung kann in jedem Fall erſt anfangen von der Zeit der rechtskräftig ertheilten Reſtitution, weil die Klage verloren war und erſt jetzt wieder entſtanden (actio nata) iſt. Es wird

dafür war gar kein Bedürfniß vorhanden, jetzt etwas Neues vorzuſchreiben.

Dagegen muß allerdings behauptet werden, daß die vierjährige Verjährung für alle Reſtitutionen gilt (q). Von den wichtigſten Reſtitutionen, wegen Minderjährigkeit und Abweſenheit, iſt Dieſes ſchon oben dargethan worden (Noten g. l). Es bedarf nur noch einer näheren Prüfung dieſer Frage in Beziehung auf Zwang und Betrug, wobei auch die ſchon oben erwähnte, aber ausgeſetzte Frage wegen des Anfangs der Verjährung in dieſen beiden Fällen (§ 339) ihre Erledigung finden muß.

Die actio quod metus causa verjährt in Einem annus utilis von der Zeit des Zwanges an, und es ſcheint inconſequent, daß daneben eine vierjährige Reſtitution wegen deſſelben Zwanges gelten ſollte. Allein jene kurze Verjährung tilgt die Klage nur, inſofern ſie zur Strafe des vierfachen Erſatzes führen kann; wird ſie auf den einfachen Erſatz gerichtet, ſo iſt ſie ganz ohne Verjährung (r). Da nun die Reſtitution ſtets nur zum einfachen Erſatz führt, ſo iſt es gewiß nicht inconſequent, neben der immerwährenden Klage eine auf Vier Jahre beſchränkte Reſtitution zur Wahl zu ſtellen.

aber von ihr faſt nie die Rede ſeyn, weil die Reſtitution meiſt geſucht wird von Dem, welcher die reſtituirte Klage unmittelbar darauf anſtellen will.

(q). Burchardi S. 509—514. Nur freilich nicht, wie dieſer Schriftſteller behauptet, für die Reſtitution wegen capitis deminutio, die im alten Recht gar keine Verjährung hatte, und im neuen Recht nicht mehr vorhanden iſt (§ 333).

(r) *L.* 14 § 1. 2 *quod metus* (4. 2).

Die actio doli verjährt nach Constantin's Gesetz in Zwei Jahren, welche vom Betrug selbst anfangen, ohne Rücksicht auf das Bewußtseyn des Betrogenen (s). Dabei scheint es wieder inconsequent, eine vierjährige Restitution daneben zu stellen, und diese erst anfangen zu lassen, wenn der Betrogene die Täuschung erfährt (§ 339). Allein die zweijährige Verjährung (früher einjährig) geht nur auf die eigentliche actio doli, welche entehrt; daneben steht eine immerwährende actio in factum auf bloße Entschädigung mit Schonung der Ehre (t), und neben diese Klage auch noch eine auf gleichen Zweck gerichtete vierjährige Restitution zu stellen, ist gewiß nicht inconsequent; auch kann es nicht störend gefunden werden, daß die actio in factum auf die Bereicherung des Beklagten beschränkt wird, welche Beschränkung bei der Restitution nicht vorkommt.

§. 341.

Restitution. — Verfahren. (Fortsetzung.)

Bei der Verjährung der Restitution sind zuletzt noch einige Fragen von besonders verwickelter Natur zu erörtern, die sich auf das Zusammentreffen mehrerer Restitutionsgründe beziehen. In solchen Fällen werden fast immer verschiedene Zeitpunkte des Ablaufs der Verjährung eintreten, und es ist dann zu bestimmen, in welcher Verbindung diese verschiedene Restitutionen aufzufassen sind, um das Schicksal der Restitution überhaupt festzustellen.

(s) *L.* 8 C. *de dolo* (2. 21). (t) *L.* 28 *de dolo* (4. 3).

Ein ſolches Zuſammentreffen mehrerer Reſtitutionen kann vorkommen ſowohl in einer und derſelben Perſon, als in mehreren Perſonen, wenn nämlich die eine Reſtitution durch Succeſſion auf eine andere Perſon übergegangen iſt (§ 335).

I. Bei dem Zuſammentreffen mehrerer Reſtitutionsgründe in einer und derſelben Perſon iſt vor Allem die Frage zu beantworten, ob es zuläſſig iſt, gerade gegen die Verjährung einer Reſtitution wiederum eine neue Reſtitution zu ſuchen. Dieſe Frage wird von unſern Schriftſtellern ſchlechthin verneint, und zwar aus zwei Gründen: erſtlich aus dem allgemeinen Grunde, weil ſonſt kein Ende des Reſtituirens zu finden wäre, zweitens wegen einer ausdrücklichen Stelle des Ulpian, *L.* 20 *pr. de minor.* (a). Beide Gründe ſind aber unhaltbar, und ich muß jene Frage entſchieden bejahen. Daß es mit der angeblichen Endloſigkeit der Reſtitution keine Gefahr hat, wird ſich aus der Betrachtung der einzelnen möglichen Fälle ſolcher Art ergeben, die überhaupt nur äußerſt ſelten vorkommen können; die Stelle des Ulpian aber hat einen ganz anderen Sinn, wie ſogleich gezeigt werden wird.

Erſtlich machen gar keine Schwierigkeit die Fälle, in welchen die Minderjährigkeit als Reſtitutionsgrund zuletzt vorhanden iſt. Geſetzt, es wird eine Sache von einem Abweſenden uſucapirt, welcher in die Heimath zurückkehrt, als der vorige Eigenthümer Zwanzig Jahre alt iſt, ſo ver-

(a) Burchardi S. 134. Puchta Pandekten §. 107. h. Vorleſungen S. 216.

jährt die Reſtitution wegen Abweſenheit binnen Vier Jahren, und man könnte nun fragen, ob der Verletzte gegen dieſe Verjährung als Minderjähriger Reſtitution erhalten könne. Dieſe Frage iſt aber ganz müßig, denn da die Reſtitution der Minderjährigen die umfaſſendſte unter allen iſt, ſo kann der Verletzte bis zum Alter von Neun und zwanzig Jahren gegen jene Uſucapion ſchon als Minderjähriger unmittelbar Reſtitution erlangen, wobei dann die Abweſenheit, ſo wie die bereits eingetretene Verjährung, und die Reſtitution gegen dieſe Verjährung, als ganz gleichgültig erſcheint.

Betrachten wir aber nun den umgekehrten Fall, da die Minderjährigkeit als Reſtitutionsgrund nicht zuletzt vorhanden iſt. Geſetzt, ein Minderjähriger iſt abweſend, während ſeiner Abweſenheit wird er volljährig, nachdem er (vor oder in der Abweſenheit) einen nachtheiligen Vertrag geſchloſſen hat. Als er Dreißig Jahre alt iſt, kehrt er zurück. Eigentlich iſt ſeine Reſtitution ſchon ſeit einem Jahre verjährt, es fragt ſich aber, ob er gegen dieſe Verjährung Reſtitution ſuchen könne. Dieſes verneint Ulpian, übereinſtimmend mit Papinian (b), indem er ſagt, die Abweſenheit ſey hier nicht zu berückſichtigen, und das iſt eben die Stelle, woraus bewieſen werden ſoll, daß gegen die Verjährung einer Reſtitution überhaupt keine Reſtitution möglich ſey (Note a). Allein Ulpian giebt gar nicht dieſen Grund ſeiner Entſcheidung an, ſondern vielmehr den

(b) *L.* 20 *pr. de min.* (4. 4).

ganz anderen, daß hier die Abwesenheit gar kein Hinderniß für die Bitte um Restitution gewesen sey, daß also die Grundbedingung aller Restitution fehle (§ 320 Note d); denn auch während der Abwesenheit habe die Restitution gegen den Vertrag gesucht werden können, und zwar sowohl durch einen Procurator bei dem Prätor in Rom, als in eigener Person bei dem Statthalter der Provinz, worin der volljährig Gewordene lebte (welches Letzte Papinian nicht einmal erwähnt hatte). Hierin zeigt sich nun wieder die Verschiedenheit der Klagen von der Restitution. Wenn ein abwesender Minderjähriger ein ihm zustehendes einjähriges Interdict verjähren läßt, dann volljährig wird, und später zurückkehrt, so kann er nun noch das Interdict anstellen binnen der Restitutionsfrist, und diese Frist läuft ihm nicht von der Volljährigkeit, sondern von der Rückkehr an (c). — In dem Fall, welchen Ulpian anführt, war der Abwesende ein zur Strafe Verbannter gewesen, und diesen Umstand machte Papinian als einen unterstützenden Grund jener Entscheidung geltend. Deshalb tadelt ihn Ulpian, indem hier das Verbrechen keinen Einfluß habe,

(c) *L* 15 §. 6 *quod vi* (43 24). Die Restitution wegen Minderjährigkeit kommt nun gar nicht in Betracht, weil die wegen Abwesenheit Alles entscheidet. — Der Grund des Unterschieds liegt zunächst und formell darin, daß das Edict über die Abwesenden von einer verlorenen actio sprach, unter welche Bezeichnung die Restitution nicht gehörte. Der tiefer liegende innere Grund aber war wohl der, daß es weit leichter war, auch aus der Ferne ein Restitutionsgesuch zur prätorischen cognitio zu bringen, als einen ordentlichen Prozeß vor den Juder.

sondern lediglich das Alter an sich (und die Abwesenheit an sich) zu berücksichtigen sey (d). — Nach der Ansicht Ulpian's also sollte auf die Gründe der Abwesenheit gar nicht gesehen werden. Hierin aber machte das spätere Recht eine Ausnahme zum Besten der Soldaten, die nicht auffallen kann, da sie zu den zahlreichen, auch sonst schon bekannten, Privilegien dieses Standes gehört. Wenn nämlich ein Minderjähriger während des Soldatenstandes volljährig wird, so soll die Verjährungszeit nicht von der Volljährigkeit, sondern von dem Austritt aus dem Soldatenstand anfangen (e). Wenn ferner gegen einen Minderjährigen eine Usucapion vollendet wird, derselbe aber später in den Soldatenstand eintritt, so soll er noch immer Hülfe gegen jene Usucapion erhalten können (f). Beide Aussprüche gehen unzweifelhaft von der Ansicht aus, daß, vermöge eines besonderen Vorrechts, der Soldat als Abwesender Restitution erhalten müsse gegen den Ablauf der Verjährungsfrist einer Restitution, die ihm seines minderjährigen Alters wegen zugestanden hätte.

Ich will aber nun noch den wichtigsten und am wenigsten verwickelten Fall anführen, in welchem die oben erwähnte Streitfrage vorkommen kann. Wenn Jemand aus irgend einem Grunde, wegen Minderjährigkeit, Abwesenheit u. s. w.,

(d) *L.* 20 *pr. cit.* „Quid enim commune habet delictum cum venia aetatis?" venia aetatis ist hier nicht in dem sonst gewöhnlichen Sinn zu nehmen, sondern für beneficium aetatis, Restitutionsanspruch des Minderjährigen. Vgl. auch oben § 326 Note r.

(e) *L* 1 *C. de temp.* (2. 53).

(f) *L.* 3 *C. eod.*

Anſpruch auf Reſtitution hat, und dieſe Reſtitution, getäuſcht durch Betrügereien ſeines Gegners, verjähren läßt, ſo fragt es ſich, ob er gegen dieſe Verjährung die Reſtitution wegen Betrugs verlangen kann. Nach der oben angeführten Meinung (Note a) muß dieſe Frage verneint werden, ich halte die Bejahung für ganz unzweifelhaft. Daß durch dieſen Fall keine endloſe Ausdehnung und Wiederholung der Reſtitution herbeigeführt werden könne, wird wohl Jeder zugeben. Es iſt aber ferner kein Grund denkbar, weshalb dem Verletzten die actio doli gegen den Betrüger verſagt werden könnte. Wird nun dieſe zugegeben, ſo muß er vielmehr die nicht entehrende Reſtitution erhalten, da dieſe im vorliegenden Fall völlig zu demſelben Erfolg führt, wie die Klage, und alſo der Klage nach allgemeinen Grundſätzen vorgezogen werden muß (§ 332 Note s). Dieſe Reſtitution führt alſo dahin, daß die verjährte frühere Reſtitution als nicht verjährt behandelt, und dem Verletzten gewährt werden muß.

Die hier aufgeſtellte Behauptung über die Reſtitution wegen Betrugs gegen die Verjährung irgend einer anderen Reſtitution findet eine unmittelbare Beſtätigung im canoniſchen Recht. Hier wird geſagt, die vierjährige Verjährung der den Kirchen zuſtehenden Reſtitution könne entkräftet werden, wenn der Gegner durch Betrug dieſe Verjährung bewirkt habe (g). Es iſt durchaus kein Grund

(g) *C.* 1 *de restit. in VI.* (1. 21). „Ecclesia . . . si quadriennii spatium post sit lapsum, et negligenter omiserit,

vorhanden, diesen Ausspruch als ein besonderes Privilegium der Kirchen anzusehen, indem auch die Fassung des Ausdrucks nicht hierauf, sondern auf die Anerkennung einer allgemein bekannten Rechtsregel hindeutet. Eben so ist kein Zweifel herzuleiten aus einem Zusatz der angeführten Decretale (h), der so allgemein gefaßt ist, daß man dadurch verleitet werden könnte, die ganze Bestimmung für eine Aeußerung willkürlicher Billigkeit, nicht für die Anerkennung einer Rechtsregel zu halten. Auch dieser Zusatz läßt sich streng rechtfertigen. Die Kirche nämlich kann aus individuellen Gründen, oder auch aus allgemeinen, wie Krieg, Aufruhr u. s. w., längere Zeit ohne Schutz und Vertretung seyn. Darin würde, in Anwendung der generalis clausula, ein hinreichender Grund der Restitution gegen alle in diese Zeit fallende Versäumnisse liegen, also unter anderen auch gegen die Versäumniß der Frist einer Restitution, die sie in ihrer Eigenschaft als Kirche binnen Vier Jahren hätte begehren können.

II. Es bleibt nun noch übrig, von dem Zusammentreffen mehrerer Restitutionen in Folge eines Successionsfalles zu sprechen. Darüber enthält das Römische Recht folgende Regeln.

non est ad beneficium hujusmodi admittenda, *nisi praevaricationis vel fraudis manifeste probetur super hoc interveniisse commentum . . .*"

(h) l. c. „aut *alia rationabilis causa* subsit, quae superiorem movere debeat ad idem beneficium concedendum."

Wenn ein Minderjähriger auf Reſtitution gegen ein Rechtsgeſchäft Anſpruch hat, dann ſtirbt, und von einem Minderjährigen beerbt wird, ſo iſt der Tod erfolgt entweder vor oder nach der Volljährigkeit des Erblaſſers. Im erſten Fall hat der Erbe Vier Jahre Zeit zur Reſtitution, welche von ſeiner eigenen Volljährigkeit an zu berechnen ſind (i). Im zweiten Fall hat der Erbe, gleichfalls von ſeiner eigenen Volljährigkeit an, ſo viel Zeit zur Reſtitution, als der Erblaſſer zur Zeit des Todes von ſeiner eigenen Reſtitutionsfriſt noch übrig hatte (k).

Auch hier findet ſich wieder ein Privilegium der Soldaten, ähnlich dem ſchon im erſten Hauptfall erwähnten Privilegium (Note e. f). Wenn nämlich entweder der Erblaſſer, oder der Erbe, im Heere diente, ſo ſoll da, wo ſonſt von der Volljährigkeit an zu rechnen wäre, ſtets erſt der Abſchied aus dem Heere als beſtimmender Zeitpunkt angeſehen werden (l).

§. 342.

Reſtitution. — Wirkungen.

Die aus dem Grundbegriff der Reſtitution folgende Wirkung derſelben iſt die Herſtellung des früheren Rechtszuſtandes. Hat nun die eingetretene Aenderung dieſes Zuſtandes, die durch die Herſtellung beſeitigt werden ſoll, eine

(i) *L.* 19 *de min.* (4. 4), *L.* 5 § 1 *C. de temp.* (2. 53), Paulus I. 9 § 4.

(k) *L.* 19 *de min.* (4. 4), *L.* 5 § 2 *C. de temp.* (2. 53).

(l) *L.* 1. 3 *C. de temp.* (2. 53).

ganz einfache Natur, wie z. B. die Schenkung, wozu ein Minderjähriger beredet worden iſt, ſo kann jene Regel als ausreichend gelten, indem eben nur die einzelne Handlung in ihren Folgen rückgängig zu machen iſt. Allein viele, ja die meiſten Aenderungen des Rechtszuſtandes haben eine ſo einfache Natur nicht, indem ſie vielmehr aus gegenſeitigen Leiſtungen, alſo aus Vortheilen und Nachtheilen auf beiden Seiten, zuſammengeſetzt ſind.

Für alle dieſe Fälle nun gilt die allgemeine und natürliche Regel, daß der urſprüngliche Zuſtand nach allen Seiten hin wiederhergeſtellt werden muß (a). Eine Anwendung auf die wichtigſten einzelnen Fälle wird dieſe Regel in das rechte Licht ſetzen.

Durch ein empfangenes Darlehen kann ein Minderjähriger in Nachtheil verſetzt ſeyn, indem er das empfangene Geld verloren oder verſchwendet hat; dann führt die Reſtitution dahin, daß er Nichts zurückbezahlt (§ 319 Note d). Hat er das Geld nicht gerade verſchwendet, ſondern an einen unvermögenden Schuldner geliehen, ſo wird er dadurch geſchützt, daß er ſich durch Ceſſion der Klage gegen dieſen Schuldner mit ſeinem Gläubiger abfindet. Hat er

(a) *L.* 24 §. 4 *de min.* (4. 4), „ut *unusquisque* in integrum jus suum recipiat“ — *L.* 29 *ex qu. caus.* (4. 6) „videlicet ne cui officium publicum *vel damno, vel compendio* sit“. — *L.* 1 *pr. C. de reputat.* (2. 48.). „Qui restituitur, sicut *in damno* morari non debet, ita *nec in lucro.*“ — Gleichbedeutend iſt die Vorſchrift, daß bei einem zweiſeitigen Vertrag der Verletzte nur die Wahl hat, ob das Geſchäft ganz gelten oder ganz nicht gelten ſoll. L. 13 §. 27. 28 *de act. emti* (19. 1).

mit dem geliehenen Gelde einen nachtheiligen Einkauf vorgenommen, ſo wird er gegen ſeinen Verkäufer reſtituirt, und bedarf dann einer Reſtitution gegen den Darleiher nicht (b).

Gegen einen nachtheiligen Verkauf geht die Reſtitution des Minderjährigen zunächſt dahin, daß demſelben die verkaufte Sache mit den Früchten der Zwiſchenzeit zurückgegeben werden muß (c). — Dagegen muß der Verletzte von ſeiner Seite das empfangene Kaufgeld zurückzahlen, und zwar mit Zinſen, die gegen die Früchte aufzurechnen ſind (d). — Dieſe Rückzahlung kann dadurch ausgeſchloſſen werden, daß der Minderjährige das empfangene Kaufgeld verſchwendet hat, welches der Käufer vorherſehen konnte (§ 319 Note i). In dieſem Hergang liegt dann eine doppelte Reſtitution: gegen den Verkauf, und gegen den Empfang der Zahlung. — Hat der Käufer wahre Verbeſſerungen an der Sache vorgenommen, ſo müſſen ihm die Koſten derſelben erſetzt werden (e).

Dieſelbe Natur mit dem Verkauf hat, wie überhaupt, ſo auch in dieſer Beziehung, die Uebergabe einer Sache an Zahlungsſtatt. Auch dabei iſt die gegebene Sache mit ihren Früchten zurück zu geben, und die Zinſen des Geldes ſind dagegen aufzurechnen (f).

(b) *L.* 27 § 1 *de min.* (4. 4).
(c) *L.* 24 § 4, *L.* 27 § 1 *de min.* (4. 4).
(d) *L.* 27 § 1, *L.* 47 § 1. *de min.* (4. 4). Paulus I. 9 §. 7.
(e) *L.* 39 § 1 *de min.* (4. 4).
(f) *L.* 40 § 1 *de min.* (4. 4), *L.* 98 § 2 *de solut.* (46. 3).

Der nachtheilige Einkauf einer Sache wird nach gleichen Grundſätzen behandelt; auch hier iſt die Sache mit ihren Früchten, das Kaufgeld mit Zinſen, zurück zu geben (g).

Gegen eine nachtheilige Acceptilation beſteht die Reſtitution darin, daß dem unvorſichtigen Gläubiger ſeine Anſprüche zurück gegeben werden, und zwar nicht blos gegen den Schuldner ſelbſt, ſondern auch gegen deſſen Mitſchuldner und Bürgen, ſo wie gegen die Pfänder (h).

Hat ein Minderjähriger durch Novation anſtatt ſeines Schuldners einen ſchlechteren Schuldner angenommen, ſo wird ihm die Klage gegen den früheren Schuldner reſtituirt (i).

Hat er durch Expromiſſion die Schuld eines Anderen übernommen, ſo wird durch die Reſtitution er ſelbſt befreit, dem Gläubiger aber ſeine verlorene Klage gegen den Schuldner wiederhergeſtellt; dieſe natürlich mit den darauf früher haftenden Beſchränkungen, z. B. wenn ſie einer kurzen Verjährung unterworfen, und dieſe zur Zeit der Expromiſſion bereits bis auf wenige Tage abgelaufen war (k).

Die Reſtitution gegen einen Vergleich hat die Folge,

(g) *L.* 27 § 1 *de min.* (4. 4),
(h) *L.* 27. § 2 *de min.* (4. 4).
(i) *L.* 27 § 3 *de min.* (4. 4).
(k) *L.* 50 *de minor.* (4. 4), *L.* 19 *de nov.* (46. 2), *L.* 1 § 1 *C. de reputat.* (2. 48).

daß die gegenſeitig aufgegebenen Anſprüche von beiden Seiten wieder aufleben (l).

Die Reſtitution gegen eine Uſucapion hat die Folge, daß dem Verletzten die verlorene Sache mit allen Früchten der Zwiſchenzeit herausgegeben werden muß (m).

Iſt eine vortheilhafte Erbſchaft ausgeſchlagen, oder durch unerfüllte Bedingung verloren worden, ſo beſteht die Reſtitution nicht darin, daß Der, welcher ſie erhält, nun wirklich Erbe wird, welches unmöglich iſt; er bekommt aber alle Klagen, die er als wahrer Erbe von ſelbſt erhalten haben würde, nunmehr als utiles actiones, das heißt alſo, es wird ihm ein fingirtes Erbrecht verſchafft (n). — Er muß jedoch Alles als gültig anerkennen, was in der Zwiſchenzeit von den bis dahin berechtigten Perſonen (Erben, Curatoren u. ſ. w.) an den Beſtandtheilen der Erbſchaft verändert worden iſt (o). — Ferner leben nunmehr auch alle Laſten und Verpflichtungen wieder auf, die dem Reſtituirten in der Eigenſchaft eines Erben auferlegt waren, und von welchen er bis zur Reſtitution frei war (p).

(l) *L.* 1. 2 *C. si adv. transact.* (2. 32). Anders verhält es ſich bei der Reſtitution gegen ein Urtheil, wenn dieſelbe nur Ein Stück ſtreitiger Verhältniſſe betrifft, und daneben andere, ganz unabhängige Stücke vorliegen; dieſe bleiben unberührt durch die Reſtitution. *L.* 28, *L.* 29 § 1 *de min.* (4. 4).

(m) *L.* 28 § 6, *L.* 29 *ex quib. caus.* (4. 6).

(n) *L.* 7 § 10 *de min.* (4. 4), am Ende der Stelle. *L.* 21 § 6 *quod metus* (4. 2).

(o) *L.* 22 *de min.* (4. 4). Dieſe Vorſchrift kann ſogar unter Umſtänden zur Verſagung der Reſtitution führen. *L.* 24 § 2 *eod.*

(p) *L.* 41 *ex quib. caus.* (4. 6).

Die Restitution gegen den Antritt einer Erbschaft ist nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen. Der Restituirte ist und bleibt Erbe, und wird nur durch Fiction behandelt, als ob er nicht Erbe wäre (abstinendi potestas ei tribuitur) (q). Er muß nun Dem, an welchen nunmehr die Erbschaft fällt, diejenigen Erbschaftsstücke herausgeben, die an ihn bleibend gekommen, oder durch bösen Willen nicht gekommen, oder untergegangen sind (r). — Wenn er vor der Restitution Legate oder Schulden der Erbschaft ausgezahlt hat, so giebt er dafür keinen Ersatz; eben so ersetzt er nicht den Werth der durch seinen Antritt frei gewordenen Sklaven, oder der Sklaven, die er fideicommissarisch selbst freigelassen hat (s).

Die Restitution gegen den Erwerb eines Legates macht den Restituirten frei von den Lasten, die ihm in der Eigenschaft eines Legatars als Fideicommiß auferlegt waren (t).

§. 343.

Restitution. — Wirkungen. (Fortsetzung.)

Die Schriftsteller über die Restitution haben sich von jeher viel mit der Frage beschäftigt, ob die Restitution in personam wirke oder in rem, das heißt, nur gegen eine

(q) *L.* 21 § 5 *quod metus* (4. 2), *L.* 7 § 5, *L.* 31 *de min.* (4. 4).
(r) *L.* 7 § 5 *de min.* (4. 4) am Ende. *L.* 1 § 2 *C. de reputat.* (2. 48),
(s) *L.* 22. 31 *de min.* (4. 4).
(t) *L.* 33 *de min.* (4. 4).

einzelne beſtimmte Perſon, oder in das Unbeſtimmte hin, gegen Perſonen, die ſich vielleicht zur Zeit der erlittenen Verletzung noch gar nicht überſehen laſſen. Daß überhaupt beide Wirkungsarten vorkommen können, ſagt in einem allgemeinen Ausſpruch eine Stelle des Paulus (a), die durch andere Stellen beſtätigt wird (b).

Nach einer unter unſren Schriftſtellern ſehr gangbaren Formel ſoll die Reſtitution in personam die Regel bilden, die in rem die Ausnahme (c); in der That aber bedarf die Sache einer etwas tieferen Begründung (d). Es hängt dieſe Frage unmittelbar zuſammen mit der ſchon oben erörterten Beſtimmung der verpflichteten Perſon in der Reſtitution, oder des Gegners des Verletzten (§ 336), und dieſe Beſtimmung muß nothwendig ſehr verſchieden ausfallen, je nach der verſchiedenen Natur der Rechtsverhältniſſe, worauf ſich die Reſtitution beziehen kann.

Die Reſtitution kann gerichtet ſeyn gegen eine Uſucapion, alſo gegen eine nicht auf der Handlung des Eigenthümers beruhende Veränderung im Eigenthum, welcher Fall vorkommen kann ſowohl wegen Minderjährigkeit als wegen Abweſenheit. Hier verſteht es ſich von ſelbſt, daß ſie in rem wirkt, alſo gegen jeden Beſitzer (e), wie ſie denn auch

(a) Paulus I. 7 § 4 „Integri restitutio aut in rem competit, aut in personam.“ Dieſe Stelle iſt aber ſicher ſtark verſtümmelt.

(b) *L.* 13 § 1 *de min.* (4. 4) „Interdum autem restitutio et „in rem datur minori“.

(c) Burchardi S. 416 fg.

(d) Puchta Pandekten § 106 Note f. Vorleſungen S. 217. 218.

(e) *L.* 30 § 1 *ex qu. caus.* (4. 6).

zunächſt und hauptſächlich durch die Wiederherſtellung der verlorenen Eigenthumsklage zur Ausführung gebracht wird (§ 329).

Eben ſo iſt kein Zweifel, daß die Reſtitution gegen die Ausſchlagung oder den Antritt einer Erbſchaft ſtets in rem wirkt, da ſie auf ganz verſchiedene und unbeſtimmte Perſonen ſich beziehen ſoll (§ 342). Auch wird ausdrücklich geſagt, daß die aus der Reſtitution hervorgehende Klagen auf Erbſchaftsſachen gegen jeden Beſitzer derſelben angeſtellt werden können, auch wenn der urſprüngliche Beſitzer der Erbſchaft ſie veräußert hat (f).

Anders verhält es ſich mit der Reſtitution gegen einen geſchloſſenen Vertrag. Dieſe geht in der Regel gegen die Perſon, mit welcher der Verletzte den Vertrag geſchloſſen hat, und nur ausnahmsweiſe gegen dritte Perſonen; für dieſe Klaſſe von Fällen alſo iſt die oben erwähnte Formel als richtig anzuerkennen (Note c).

Wird alſo ein Minderjähriger gegen einen nachtheiligen Verkauf reſtituirt, ſo hat er in der Regel die Rückgabe des verlorenen Eigenthums nur von dem Käufer zu fordern (§ 342 Note c), nicht von dem dritten Beſitzer, an welchen der Käufer weiter veräußert hat. Ausnahmsweiſe aber (g) wirkt die Reſtitution auch gegen den dritten Beſitzer, wenn dieſer um den Verkauf des Minderjährigen wußte, oder

(f) *L.* 17 *pr. ex. quib. caus.* (g) Interdum, ſ. o. Note b. (4. 6).

wenn der erſte Käufer zahlungsunfähig iſt (h). In einem ſolchen Fall hat dann der dritte Beſitzer, der die Sache herausgeben muß, dieſelben Regreßanſprüche gegen ſeinen Vorgänger, wie wenn er den Beſitz durch eine Eigenthumsklage verloren hätte (i).

Dieſelbe Behandlung findet ſich, wenn einem Minderjährigen, der zur Zahlung einer Schuld verurtheilt war, Sachen abgepfändet und verkauft worden ſind; denn dieſe Handlung iſt als ein im Namen des Minderjährigen, alſo von ihm ſelbſt, geſchloſſener Verkauf anzuſehen. Wird nachher die Verurtheilung durch Reſtitution aufgehoben, ſo kann der Minderjährige in der Regel nur die Summe der Schuld vom Gläubiger wieder fordern (k); ausnahmsweiſe aber (l) kann er auch die verkauften Sachen von dem Beſitzer zurück fordern, wenn er durch das Entbehren in beſonders großen Schaden verſetzt werden würde (m).

Schon oben iſt dargethan worden, daß bei einer erzwungenen Veräußerung der Verletzte die Wahl hat, ent-

(h) *L.* 13 § 1, *L.* 14 *de min.* (4. 4).

(i) *L.* 15 *de min.* (4. 4), *L.* 39 *pr. de evict.* (21. 2).

(k) *L.* 9 *pr. de min.* (4. 4) „nam illud certum est, pecuniam ex causa judicati solutam ei restituendam".

(l) *L.* 9 *pr. cit.* „et puto, *interdum* permittendum" . . .

(m) *L.* 9 *pr. cit.* „si grande damnum sit minoris". *L.* 1 *C. si adv. vend. pign.* (2. 29) „magno detrimento . . . enorme damnum" . . . *L.* 49 *de min.* (4. 4) „grande damnum"; dieſe Stelle muß offenbar, ſo wie die vorigen, von einem Verkauf im Wege der Execution verſtanden werden, obgleich ſie das nicht ausdrücklich ſagt. — Nicht zu verwechſeln aber iſt dieſer Fall der pignora capta et distracta mit dem Fall, da der Pfandgläubiger verkauft; dagegen gilt gar keine Reſtitution, ſ. oben § 323 Note e. f. g.

weder gegen den Verletzer auf Entſchädigung zu klagen, oder durch Reſtitution die Herſtellung ſeiner verlorenen in rem actio zu verlangen, die er dann auch gegen jeden dritten Beſitzer geltend machen kann (§ 330 Note e).

Sehr häufig iſt das Verfahren bei einer Reſtitution ſo einfach, daß Alles abgethan iſt mit dem einfachen Befehl an den Verpflichten, Geld zu zahlen oder eine empfangene Sache heraus zu geben (§. 337 Note m). Dann hat die Reſtitution eine ähnliche Natur mit einer gewöhnlichen Schuldklage. Iſt nun der zunächſt Verpflichtete in fremder Gewalt als Sohn oder Sklave, ſo trifft die Verpflichtung, wie bei einer Schuld, auch den Vater oder Herrn, in ſofern entweder dieſer durch das Geſchäft Etwas in ſein Vermögen bekommen hat, oder ein Peculium vorhanden iſt, wodurch er nach den Grundſätzen der actio de peculio verbunden wird (n).

(n) *L.* 24 §. 3 *de min.* (4. 4).

Beilagen.

XVIII. XIX.

Beilage XVIII.

Reſtitution der Minderjährigen, welche in väterlicher Gewalt ſtehen.

L. 3 § 4 *de minor.* (4. 4).
L. 2 *C. de filiofam. minore* (2. 23).

(Zu § 323 Note q).

Ueber die Reſtitution der in väterlicher Gewalt ſtehenden Minderjährigen werden von den Schriftſtellern folgende Sätze als ſichere Regeln anerkannt:

Der Minderjährige erhält gegen ſeine Handlungen dieſelbe Reſtitution, wie wenn er nicht in väterlicher Gewalt ſtände, vorausgeſetzt (ſo wie bei jeder Reſtitution), daß er ein Intereſſe dabei hat;

Der Vater ſoll von dieſer Reſtitution keinen Vortheil ziehen, kann ſie alſo nicht für ſich geltend machen.

Auch ſind dieſe Sätze in der Hauptſtelle, die von dieſer Frage handelt, als Regeln ſo klar und entſchieden ausgeſprochen, daß darüber kaum ein Zweifel ſeyn konnte (a). Nur wird faſt eben ſo allgemein für den erſten dieſer beiden Sätze eine Ausnahme behauptet, und dieſe Ausnahme iſt

(a) *L.* 3 § 4 *de min.* (4. 4).

es, welche in der gegenwärtigen Untersuchung geprüft werden soll.

Der Minderjährige soll nach dieser Behauptung ausnahmsweise keine Restitution erhalten, wenn das nachtheilige Geschäft in der Aufnahme eines Gelddarlehens besteht, und wenn dazu der Vater den Befehl gegeben hat (b).

Betrachten wir zuerst diese Ausnahme in ihrem allgemeinen und natürlichen Zusammenhang mit der Restitution überhaupt, also grundsätzlich, und noch ohne Rücksicht auf das Zeugniß einzelner Stellen.

Man könnte dieselbe daraus ableiten wollen, daß es dem väterlichen Ansehen widersprechen würde, den gegebenen Befehl durch Ertheilung der Restitution für schädlich zu erklären. Diese, an sich denkbare, Ansicht wird von Ulpian entschieden verworfen, da er bei anderen Rechtsgeschäften dem Sohn die Restitution gestattet, auch wenn der Vater Befehl zu dem Geschäft gegeben hatte (c).

Man könnte der Sache ferner die Wendung geben wollen, daß nur der allein handelnde Sohn ein leichtsinniges Gelddarlehen aufnehmen und dadurch in Schaden kommen werde; im Fall eines väterlichen Befehls werde keine Ge-

(b) Burchardi S. 239—248. Andere Schriftsteller werden sogleich angeführt werden.

(c) *L.* 3 § 4 *cit.* „Proinde si jussu patris obligatus sit ... filius ... auxilium impetrare debebit, si ipse conveniatur.“ — Eben so wenn der Vater seinen unmündigen Sohn emancipirt, und als Vormund die auctoritas zu einem Geschäft gegeben hatte. *L.* 29 *pr. de min.* (4. 4).

fahr und kein Nachtheil vorhanden seyn (d). Man kann Dieses für die meisten Fälle unbedenklich zugeben, und wenn in der That kein Nachtheil, oder doch kein Nachtheil aus Unbesonnenheit entstanden ist, so versteht es sich von selbst, daß die Restitution wegfällt, weil ihre Grundbedingung fehlt (§ 320 Note b). Aber es kann doch auch anders kommen; der Vater kann eben so leichtsinnig seyn, wie der Sohn; er kann durch den Sohn getäuscht werden, er kann selbst in böser, eigennütziger Absicht den nachtheiligen Befehl zum Darlehen geben. Auf keine Weise erklärt dieser Grund, warum gerade nur bei dem Gelddarlehen der väterliche Befehl diese Wirkung haben soll, da ja bei allen anderen Rechtsgeschäften genau dieselben Rücksichten und Möglichkeiten eintreten, um die Restitution für zulässig oder unzulässig zu halten.

In dieser Verlegenheit nun haben ältere Schriftsteller die seltsamsten Gründe geltend gemacht, um die erwähnte Ausnahme bei dem Darlehen zu rechtfertigen (e). Das für das Gelddarlehen erlassene Sc. Macedonianum, sagen sie, sey für viele einzelne Fälle sehr hart, und für diese Härte sollten die Gläubiger durch die erwähnte Ausnahme wenigstens eine kleine Entschädigung erhalten. Ferner seyen die

(d) Das ist die Wendung, die Puchta § 103 Note i der Sache giebt. Denn in den Vorlesungen S. 213 sagt er, es sey keine eigentliche Ausnahme, sondern es werde nur angenommen, daß in einem solchen Fall kein Nachtheil aus Unbesonnenheit entstanden sey.

(e) Azo *in L. 2 C. de fil. fam. min.*, Glossa *in L. 3 § 4 D. de minor.*, Cujacius *in L. 3 § 4 D. de min.*, *Opp. T. 1 p.* 988

meiſten Gläubiger der Minderjährigen ungemein ſchlechte Leute. Wenn ſich nun einmal einer von ſo redlicher Geſinnung fände, daß er nur mit der Genehmigung des Vaters das Darlehen geben wolle, ſo verdiene dieſer ſeltene Redliche unter den vielen Unredlichen durch eine beſondere Ausnahme von den allgemeinen Rechtsregeln ausgezeichnet und belohnt zu werden. Zur Unterſtützung dieſer letzten Anſicht wird auch noch eine Stelle der heiligen Schrift angeführt (f).

Dieſe Gründe ſind ſo unhaltbar, ja ſo wunderlich, daß ſie ſich nur aus der völligen Verzweiflung erklären laſſen, über den klaren Ausſpruch unſrer Rechtsquellen nicht anders hinweg kommen zu können. Nach allgemeinen Gründen muß daher die für das Geldbarlehen behauptete Ausnahme ſchlechthin verworfen werden, und es kommt nunmehr Alles auf die Erklärung einzelner Stellen an, zu welcher ich mich jetzt wende.

Die wichtigſte Stelle iſt folgende aus Ulpianus lib. XI. ad Ed., die ich in ihrem ganzen Zuſammenhang hierher ſetze.

L. 3 § 4 *de minor.* (4. 4).

Sed utrum solis patribus familiarum, an etiam filiisfamiliarum succurri debeat, videndum. Movet dubitationem, quod, si quis dixerit etiam filiisfamiliarum in re peculiari subveniendum, efficiet, ut per eos etiam

(f) Ev. S. Lucä Kap. 15 V. 7 „Ich ſage Euch; Alſo wird auch Freude im Himmel ſeyn über Einen Sünder, der Buße thut, vor neun und neunzig Gerechten, die der Buße nicht bedürfen.

majoribus subveniatur, id est patribus eorum. Quod nequaquam fuit Praetori propositum; Praetor enim minoribus auxilium promisit, non majoribus. Ego autem verissimam arbitror sententiam existimantium, filiumfamilias minorem annis in integrum restitui posse ex his solis causis, quae ipsius intersint, puta si sit obligatus. Proinde si jussu patris obligatus sit, pater utique poterit in solidum conveniri, filius autem, cum et ipse possit vel in potestate manens conveniri, vel etiam emancipatus vel exheredatus, in id quod facere potest, et quidem in potestate manens etiam invito patre ex condemnatione conveniri, auxilium impetrare debebit, si ipse conveniatur. Sed an hoc auxilium patri quoque prosit, ut solet interdum fidejussori ejus prodesse, videamus; et non puto profuturum. *Si igitur filius conveniatur, postulet auxilium; si patrem conveniat creditor, auxilium cessat, excepta mutui datione; in hac (g) enim, si filius jussu (h) patris mutuam pecuniam accepit, non adjuvatur.* Proinde et (i) si sine jussu patris contraxit et captus est, siquidem pater de peculio conveniatur, filius non erit restituendus; si filius conveniatur, poterit restitui.

(g) Alle alte Ausgaben lesen hac, welches eine bessere Construction giebt, als die Florentinische Lesart: hanc.

(h) Diese Lesart der Vulgata ist offenbar besser, als die der Florentina, welche das Wort filius wegläßt.

(i) Aus der folgenden Erklärung wird sich ergeben, daß der Sinn einfacher hervortritt, wenn hier das et weggelassen wird (Note n).

Alles kommt auf die Erklärung der hier cursiv gedruckten Worte an. Diese enthalten die Ausnahme von einer Regel, und es fragt sich, worin besteht diese Ausnahme? welches ist die Regel, worauf sie sich bezieht?

Die Ausnahme scheint ausgedrückt in den Worten: non adjuvatur, die Regel also scheint nur in einem adjuvatur, (oder was etwa gleichen Sinn giebt) bestehen zu können. Da nun in dem unmittelbar vorhergehenden Satz gesagt wird: auxilium cessat, welches eben so viel sagt als non adjuvatur, so scheint die Ausnahme darauf nicht zu passen. Sie würde aber passen auf den entfernteren Satz von dem verklagten Sohne; denn da es bei diesem heißt: postulet auxilium, so bildet dagegen das non adjuvatur allerdings einen Gegensatz, welcher als Ausnahme der Regel: postulet auxilium wohl gedacht werden könnte.

Durch diese Betrachtung sind ohne Zweifel alle bisherige Erklärer unsrer Stelle bewogen worden, sich zu zwei sehr bedenklichen Maaßregeln zu entschließen. Erstlich haben sie sich hinweg gesetzt über die oben entwickelten allgemeinen Rechtsgrundsätze, womit das Ergebniß dieser Erklärung geradezu in Widerspruch tritt, und sie haben sich über diesen Widerspruch durch die bereits angeführten, etwas abentheuerlichen Erwägungen beruhigt. Zweitens aber haben sie die Ausnahme nicht an die unmittelbar vorhergehenden Worte angeschlossen, sondern, mit Ueberspringung dieser Worte, an den früheren, vom Sohne handelnden Satz; dieses letzte Verfahren ist sehr gezwungen, fast ge-

wahrscheinlich zu nennen. — Wenn es nun gelingen wollte, eine andere Erklärung zu finden, durch welche diese beiden großen Uebelstände vermieden werden könnten, so dürfte diese Erklärung gewiß vorzuziehen seyn. Eine solche aber will ich jetzt versuchen.

Ich gehe dabei von dem festen Punkte aus, daß Ulpian ganz bestimmt sagt, das Gelddarlehen sey hier allein ausgenommen, werde also von allen anderen Rechtsgeschäften, die etwa der Sohn geschlossen haben könnte, verschieden behandelt. Wenn man nun nach einem Grunde fragt, der diese ganz eigenthümliche Behandlung des GeldDarlehens rechtfertigen möchte, so ist kaum ein anderer denkbar, als die exceptio Sc. Macedoniani, welche bekanntlich sowohl von dem Vater, als von dem Sohne selbst, gegen jede aus dem Geldbarlehen anzustellende Klage gebraucht werden kann (k), und welche gerade allein auf das Geldbarlehen, im Gegensatz aller anderen Rechtsgeschäfte (selbst des Darlehens an anderen Sachen als Geld) Anwendung findet. Nimmt man aber Dieses an, so muß der Sinn der Ausnahme nothwendig ein bejahender (ein adjuvatur), nicht ein verneinender (ein non adjuvatur) seyn.

Sehen wir zu, wie dieses, nunmehr als nothwendig anzuerkennende, Ziel der Erklärung erreicht werden kann. Es geschieht am einfachsten durch eine Emendation, die

(k) *L.* 7 § 10, *L.* 9 § 3 *de Sc. Mac.* (14. 6), *L.* 6 *pr. C. eod.* (4. 28).

jedoch nur in der Verſetzung des non an eine andere Stelle zu beſtehen braucht, alſo gewiß beſcheiden iſt. Der ganze Satz würde nun ſo lauten:

> si patrem conveniat creditor, auxilium cessat, excepta mutui datione; in hac enim, si filius non jussu patris mutuam pecuniam accepit, adjuvatur (l).

Für Diejenigen aber, welche etwa ſelbſt vor einer ſo mäßigen Emendation, als zu gewaltthätig, zurück ſchrecken möchten, läßt ſich daſſelbe Ziel auch auf dem Wege bloßer Erklärung erreichen. Man muß nämlich dann zu den Worten: si filius jussu patris . . accepit ein nur oder nur dann (ein non nisi) hinzu denken, ſo daß der Satz folgenden Sinn giebt:

> denn bei dieſem (dem Gelddarlehen) wird dem Vater nur dann die ſchützende Einrede (aus dem Senatusconſult) verſagt (non adjuvatur), wenn das Darlehen auf ſeinen Befehl aufgenommen war (m); außer dieſem Fall des Befehls alſo hat er die Einrede, worin denn eben die Ausnahme von der Regel: auxilium cessat beſteht.

Beide Wege (die Emendation und die zuletzt verſuchte Erklärung) führen zu demſelben Ziel, nämlich zu folgenden

(l) nämlich *pater* adjuvatur, da ja pater das noch fortwirkende Subject des Hauptſatzes iſt, welcher mit den Worten si *patrem* conveniat anfängt. Natürlich muß man nun die Regel und die Ausnahme nicht von der Reſtitution allein verſtehen, ſondern von jeder den Beklagten ſchützenden Rechtshülfe überhaupt. In der Regel alſo wird dem Vater gar nicht geholfen, im Fall des Gelddarlehens wird ihm geholfen; freilich nicht durch Reſtitution, ſondern durch die exc. Sc. Macedoniani.

(m) Eine ähnliche Erklärung durch ein hinzugedachtes nur iſt nöthig bei der *L.* 57 *mand.* (17. 1) ſ. o. § 329 Note n.

einfachen Sätzen: dem Vater, der aus dem Geschäft des Sohnes verklagt wird, ist überhaupt nicht zu helfen, außer wenn von einem Geldbarlehen des Sohnes die Rede ist; denn gegen die Klage aus diesem hat der Vater die Einrede aus dem Senatusconsult, vorausgesetzt, daß das Darlehen nicht auf seinen Befehl aufgenommen worden ist. Man kann diese Sätze, nur mit einer etwas anderen Wendung, auch so ausdrücken: Im Fall eines Geldbarlehens hat der Vater gegen die actio de peculio die exc. Sc. Macedoniani, gegen die actio quod jussu hat er diese Einrede nicht. Eine Restitution kann er in keinem Fall verlangen.

Daß nun Ulpian in der That gerade Das sagen wollte, welches ihm durch diese Erklärung in den Mund gelegt wird, ergiebt sich aus den nachher folgenden Worten, worin er den eben aufgestellten Fall noch von einer anderen Seite in weiterer Betrachtung verfolgt. Der Fall war der eines vom Vater nicht befohlenen Geldbarlehens; gegen die Klage aus diesem sollte der Vater die exc. Sc. Macedoniani haben; Das sagt der bisher erklärte Theil der Stelle. Was geschieht aber in diesem Falle mit dem Sohne? davon sprechen die hier folgende Worte:

Proinde si (n) sine jussu patris (o) contraxit et

(n) Ich lasse das et vor si weg (Note i), weil nicht eine fortgehende Anwendung des vorher ausgesprochenen Satzes folgt, sondern etwas Neues.

(o) Diese Worte sind die sichtbare Wiederholung der vorhergehenden Worte: si non jussu patris mutuam pecuniam accepit nach der von mir vorgeschlagenen Emendation, und sprechen daher sehr für diese Emendation.

captus est, siquidem pater de peculio conveniatur, filius non erit restituendus; si filius conveniatur, poterit restitui.

Beide hier aufgestellte Sätze sind nicht ganz ohne Bedenken. Der Sohn soll, wenn der Vater verklagt wird, nicht restituirt werden können. Das erklärt sich zunächst daraus, daß der Sohn nicht in Anspruch genommen ist. Aber wie, wenn der Vater die Exception nicht gebrauchen will, oder wenn er sie nach den besonderen Umständen des Falles nicht gebrauchen kann (p)? Nun wird der Vater zahlen, das Geld aus dem Peculium nehmen, und so verliert der Sohn dennoch dieses Geld. Auf diesen Einwurf antwortet Ulpian, das Interesse des Sohnes an dem Peculium als solchem sey ein blos factisches, kein juristisches, der Vater habe daran das Eigenthum und könne es also auch ganz willkürlich wegnehmen (q).

Auch der zweite Satz hat sein Bedenken. Der aus dem Darlehen verklagte Sohn soll Restitution erhalten; aber auch er hat ja die Einrede aus dem Senatusconsult, und da diese schon mero jure gilt, so scheint die Restitution überflüssig und unzulässig (§. 321 Note r). Darauf ist zu antworten, daß jene Einrede vielleicht ausgeschlossen ist durch den Irrthum des Gläubigers über das Daseyn der

(p) Wenn etwa der Gläubiger nicht wußte, daß der Schuldner in väterlicher Gewalt stand. *L.* 3 *pr. L.* 19 *de Sc. Maced.* (14. 6).

(q) „Nec eo movemur, quasi intersit filii peculium habere; magis enim patris, quam filii interest."

väterlichen Gewalt (Note p), oder daß dieſer Umſtand wenigſtens vom Gegner behauptet werden und den Ausgang des Rechtsſtreits ungewiß machen kann (§. 318 Note d). Aus ſolchen Gründen kann wohl die Reſtitution Vortheil gewähren, ja vielleicht ganz unentbehrlich ſeyn, wenn dem Sohne geholfen werden ſoll. Denn die Minderjährigkeit giebt ſtets einen Schutz, der ſolchen Einwendungen nicht ausgeſetzt iſt, und gerade die ſichere Verhütung einer ſolchen Gefahr eignet ſich entſchieden zur Ertheilung einer Reſtitution (S. 121).

Die zweite Stelle, woraus bewieſen werden ſoll, daß der Minderjährige keine Reſtitution erhalte gegen ein Geld-darlehen, wenn ſein Vater dazu Befehl gegeben habe, iſt ein Reſcript von Gordian.

L. 1 *(al.* 2*) C. de fil. fam. minore* (2. 23).

„Si frater tuus, cum mutuam pecuniam acciperet, in patris fuit potestate, nec jussu ejus, nec contra Senatusconsultum contractum est, propter lubricum aetatis adversus eam cautionem in integrum restitutionem potuit postulare".

Die Belehrung des Kaiſers geht dahin, daß der minderjährige Schuldner gegen das Geldbarlehen unter zwei Vorausſetzungen Reſtitution erhalten könne:

1. Wenn das Darlehen nicht auf Befehl des Vaters aufgenommen ſey,
2. wenn daſſelbe nicht unter das Verbot des Senatusconſults falle.

Ich betrachte die zweite Voraussetzung zuerst, die mit der so eben angestellten Untersuchung zusammentrifft. Ist nach der übereinstimmenden Erklärung der Parteien schon das Senatusconsult anwendbar, so bedarf es der Restitution nicht, und sie wird daher nicht gegeben. Ist es entschieden nicht anwendbar (weil der Gläubiger die väterliche Gewalt sicher nicht kannte), oder ist dieser Umstand wenigstens zweifelhaft und bestritten, dann kann die Restitution eintreten.

Die erste Voraussetzung scheint folgenden Sinn zu haben. Wenn der Vater keinen Befehl zum Darlehen gegeben hat, so bekommt der Sohn Restitution (das sagt die Stelle ausdrücklich); wenn er Befehl gegeben hat, so bekommt der Sohn keine Restitution (das scheint indirect angedeutet).

Diese indirecte Andeutung scheint also eine Bestätigung der Ausnahme zu enthalten, worauf sich die gegenwärtige Untersuchung bezieht, also eine Bestätigung der oben erklärten Stelle des Ulpian nach der gewöhnlichen Auffassung derselben. Unstreitig war es die scheinbare Uebereinstimmung dieser beiden von einander unabhängigen Stellen, welche der gewöhnlichen Behauptung einer Ausnahme für den Fall eines vom Vater befohlenen Gelddarlehens solche Kraft verlieh, daß dagegen auch nicht einmal ein Zweifel versucht wurde.

Die eben erklärte, in jener ersten Voraussetzung liegende indirecte Andeutung ist nun das gewöhnlich sogenannte

argumentum a contrario. Dasselbe besteht darin, daß aus einer bedingungsweise aufgestellten Regel geschlossen werden soll, das Gegentheil dieser Regel müsse gelten, sobald der logische Gegensatz (die reine Verneinung) der aufgestellten Bedingung vorhanden sey. Diese Auslegungsweise, die am rechten Orte angewendet ihre relative Wahrheit hat, ist nirgend bedenklicher, als bei den Rescripten im Coder. Denn hier hat die bedingte Fassung eines Ausspruchs sehr oft gar nicht den Sinn, daß der Ausspruch eben nur unter der beigefügten Bedingung wahr seyn soll, sondern vielmehr nur den Sinn einer kurzen Wiederholung der in der Anfrage an den Kaiser enthaltenen Thatsachen (s). In der hier vorliegenden Stelle also sind die zwei scheinbaren Bedingungen der für zulässig erklärten Restitution etwa so zu verstehen:

> Wenn es wahr ist, wie Du anführst, daß der Vater zu dem aufgenommenen Gelddarlehen keinen Befehl gegeben hat, und daß auch nicht eine Verletzung des Senatusconsults jede Restitution überflüssig macht, so ist die Restitution wohlbegründet.

Die Erwähnung des nicht vorhandenen väterlichen Befehls in der Anfrage, so wie in der Wiederholung durch das Rescript, hat nun nicht den Sinn, daß die Restitution schlechthin ausgeschlossen wäre im Fall eines väterlichen Befehls (wie man die Stelle gewöhnlich auslegt), sondern

(r) Vgl. oben B. 1 § 41 am Ende des §.

vielmehr, daß, wenn ein ſolcher Befehl nicht vorhanden iſt, die Reſtitution um ſo ſicherer zuläſſig ſeyn wird, weil das Daſeyn eines ſolchen Befehls gewiß in den meiſten Fällen ein Kennzeichen ſeyn wird, daß eine Läſion nicht vorhanden, alſo auch eine Reſtitution nicht begründet iſt.

Was hier über die Auslegung der Reſcripte im Codex geſagt iſt, hängt alſo damit zuſammen, daß ſolche Reſcripte nicht dazu beſtimmt waren, allgemeine, ſcharf begränzte Grundſätze aufzuſtellen (wie es bei den theoretiſchen Schriften der alten Juriſten, ſo wie bei den eigentlichen Geſetzen im Codex, der Fall iſt), ſondern vielmehr Belehrung zu geben über die concrete Natur einzelner zur Beurtheilung vorgelegter Rechtsfälle.

So iſt alſo auch dieſes Reſcript des Gordian nicht dazu geeignet, die angebliche Ausnahme für den Fall des Gelddarlehens zu rechtfertigen.

Ich faſſe die vorſtehende Ausführung in folgender kurzen Ueberſicht zuſammen. Minderjährige erhalten Reſtitution gegen ihre Rechtsgeſchäfte auch wenn ſie in väterlicher Gewalt ſtehen, und ſelbſt wenn der Vater in das Geſchäft eingewilligt oder dazu Befehl gegeben hat. Dieſe Regel wird auch von keiner Seite bezweifelt.

Es wird aber ſehr allgemein eine Ausnahme von dieſer Regel für den Fall behauptet, wenn das Geſchäft in der Aufnahme eines Geld-Darlehens beſteht. Für dieſen Fall

soll durch den väterlichen Befehl die Restitution des Sohnes gänzlich ausgeschlossen seyn.

Diese Ausnahme läßt sich jedoch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen durchaus nicht rechtfertigen.

Sie soll begründet werden durch eine Stelle des Ulpian, und durch ein Rescript des K. Gordian. Die richtige Auslegung beider Stellen bestätigt aber diese Behauptung nicht.

Demnach ist die Behauptung jener Ausnahme durchaus zu verwerfen.

Beilage XIX.

L. 57 Mandati (17. 1).

(Zu §. 329 Note n).

In der Stelle, die hier erklärt werden ſoll, iſt faſt Alles Gegenſtand von Zweifeln und Streitigkeiten geworden: der Text, die Bildung des Rechtsfalles der entſchieden werden ſoll, die Perſonen von welchen die Rede iſt, die Entſcheidung ſelbſt.

Der Fall ſtellt ſich dem erſten, unbefangenen Blick in folgender Weiſe dar. Ein Sklavenhändler (venaliciarius) reiſt in eine Provinz, ohne Zweifel, um neue Sklaven einzukaufen. Die in Rom vorräthigen Sklaven zu verkaufen, giebt er Auftrag an einen Mann, der ihm als zuverläſſig perſönlich bekannt iſt (certi hominis fidem elegit). Bald nach ſeiner Abreiſe ſtirbt dieſer Mann, und deſſen Erben, unbekannt mit den Regeln des Mandats, bilden ſich ein, der Auftrag ſey auf ſie übergegangen; ſie verkaufen die Sklaven, und zwar (wie der Erfolg zeigt) unter nachtheiligen Bedingungen. Die Käufer beſitzen die Sklaven über ein Jahr. Der Sklavenhändler, von der Reiſe zurückkehrend, und unzufrieden mit dem Verkauf, will gegen die Käufer mit

der Publiciana klagen, fürchtet aber die exceptio dominii wegen der Usucapion der Käufer, und es wird bei Papinian angefragt, wer wohl Aussicht auf Erfolg habe, der Kläger oder die Beklagten? Das Responsum auf diese Frage nahm der Jurist in seine Sammlung auf, und daraus ist dasselbe in die Digesten übergegangen.

Aber gerade in der Antwort auf die vorgelegte Frage ist der Sitz der Schwierigkeit, denn eben hier finden sich zwei Lesearten von ganz entgegengesetztem Sinn. Die erste lautet so:

> Sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione *non utiliter* acturum.

Dieses ist die Lesart der Florentina und der Vulgata. Haloander liest: *inutiliter*, welches ganz denselben Sinn giebt, und wobei es dahin gestellt bleiben mag, ob er es in einer Handschrift vorfand, oder nur des besseren Klanges wegen aufnahm. Nach dieser ersten Lesart sollen die Beklagten Recht behalten. Die zweite Lesart ist folgende:

> Sed venaliciarium . . . . Publiciana actione *non inutiliter* acturum.

Diese findet sich in der Ausgabe des Vintimillius: Paris. 1548. 8, aus einer Handschrift des Ranconnetus. Ferner in der Ausgabe des Charondas, Antverp. 1575 fol., aus einer Handschrift des Herausgebers. Ferner sagt Augustinus (a): „et sunt qui scribant, *non inutiliter*

(a) Augustini emend. Lib. 1 C. 3.

acturum.“ Woher er Dieſes hat, ſagt er nicht; das angeführte Buch iſt zuerſt 1543 gedruckt, alſo älter, als die angeführten Ausgaben, worin handſchriftliche Texte angegeben werden. Auch die Baſiliken beſtätigen dieſe Leſeart (b). Cujacius ſchlägt als Conjectur vor: *utiliter*, welches dem Sinn nach nicht verſchieden iſt von *non inutiliter*, dem Ausdruck nach ſchlechter, wie ſich weiter unten zeigen wird. Nach dieſer zweiten Leſeart ſoll der Kläger Recht behalten.

Alſo an handſchriftlicher Beglaubigung fehlt es für beide Leſearten nicht, und wir haben zunächſt nach dem inneren Zuſammenhang der Stelle zu prüfen, welche den Vorzug verdiene.

Sieht man die Stelle obenhin an, ſo ſpricht ein oberflächlicher Schein für die erſte Leſeart. Denn es heißt in den unmittelbar folgenden Worten: cum exceptio justi dominii . . *detur*. Alſo: *datur* exceptio, die Exception wird vom Prätor gegeben, ſie iſt alſo wirklich begründet, alſo muß der Kläger abgewieſen werden.

Allein bei genauerer Betrachtung ergeben ſich ſogleich folgende ganz entſcheidende Gründe gegen dieſe Erklärung.

Zuerſt die adverſative Partikel Sed im Anfang des Satzes. Dann wenn die Beklagten durch die Exception gewinnen, ſo iſt Dieſes eine unmittelbare Folge der vorher erwähnten Uſucapion, kann alſo unmöglich als Gegenſatz ausgedrückt werden, wie es doch in dem Sed augenſcheinlich

(b) Basil. ed. Fabrot. T. 2 p. 161 “καλῶς.“

geschieht. Allerdings liest nun Haloander Et anstatt Sed, und dadurch verschwindet dieser Einwurf. Allein seine Lesart steht so vereinzelt, daß wir wohl unbedenklich annehmen können, sie sey nicht aus einer Handschrift genommen, sondern eben nur erfunden, um diesem Einwurf zu begegnen.

Ferner spricht dagegen der in dem letzten Satz (neque oporteat etc.) enthaltene, von der bloßen Billigkeit hergenommene Grund. Wenn die Beklagten gewinnen sollen durch die Berufung auf das strenge Recht, das justum dominium, so wäre es ja sehr unlogisch, dessen Schutz durch die an sich schwächere Stütze der Billigkeit befestigen zu wollen.

Dann spricht dagegen das causa cognita, welches nun vollkommen müßig dasteht, wie es sich am deutlichsten aus der richtigen Erklärung dieser sehr bedeutsamen Worte ergeben wird.

Endlich aber, und welches die Hauptsache ist, muß man bei dieser Erklärung völlig vergessen, daß von sehr alter Zeit her der Prätor eine Restitution angekündigt hatte zum Besten der Abwesenden, und zwar gerade, um ihnen zu helfen, wenn sie in Folge ihrer Abwesenheit Eigenthum durch Usucapion verlieren sollten. An diese Restitution müßte Papinian gar nicht gedacht haben, sonst hätte er auf entgegengesetzte Weise entschieden, oder doch mindestens nöthig gefunden zu erklären, warum sie im vorliegenden Fall nicht angewendet werden sollte.

Das Gewicht dieſer Gründe iſt denn auch ſchon vor vielen Jahrhunderten anerkannt worden. Um dieſen Einwendungen zu entgehen, und dennoch die Leſeart non utiliter aufrecht zu halten, da man lange Zeit hindurch keine andere kannte, iſt der Verſuch ſchon in der Gloſſe gemacht, und von anderen Schriftſtellern in ganz verſchiedenen Zeiten aufgenommen und vertheidigt worden (c), den Rechtsfall ſelbſt, auf welchen ſich Frage und Antwort in der Stelle beziehen ſollen, in einer ganz anderen, und zwar ſehr künſtlichen und verwickelten Weiſe auszubilden.

Ein Eigenthümer von Sklaven giebt Auftrag, dieſe zu verkaufen, der Beauftragte ſtirbt, und die Erben deſſelben verkaufen die Sklaven, nicht in unredlicher Abſicht, ſondern weil ſie irrigerweiſe glauben, der Auftrag ſey auf ſie übergegangen. — Soweit iſt es faſt derſelbe Fall, wie der oben dargeſtellte.

Nun aber ſollen ſich die Schickſale der Käufer getrennt haben. Die meiſten derſelben haben (nach dieſer Erklärung) die ihnen durch den Kauf zugefallenen Sklaven Ein Jahr lang beſeſſen und dadurch uſucapirt. Dadurch bekommen ſie volles, unanfechtbares Eigenthum, das ſie behaupten können, ſie mögen nun im Beſitze bleiben oder nicht. Der vorige Eigenthümer hat es ſich ſelbſt zuzuſchreiben, daß er nicht aufmerkſamer war, und nicht gegen ſie geklagt hat vor Vollendung der

(c) Vgl. J. Gothofredus im Thesaurus des Otto T. 3 p. 293, und Püttmann probabilia p. 1.

Usucapion. Auf eine Restitution hat er keinen Anspruch, denn er war gar nicht abwesend gewesen. Von diesen meisten Käufern ist nun nicht weiter die Rede; ihre Sache ist abgethan mit den Worten: eos ab emtoribus (d. h. von dem größten Theil der Käufer) usucaptos videri placuit.

Nur Einer dieser Käufer, ein Sklavenhändler, hatte ein besonderes Schicksal, abweichend von dem seiner Mitkäufer. Er war vor dem Ablauf seiner Usucapionszeit nach einer Provinz gereist, und in seiner Abwesenheit war der auf ihn gefallene Theil der erkauften Sklaven wieder in den Besitz des alten Eigenthümers zurückgekehrt, der also dadurch die Usucapion unterbrochen hatte. Der Sklavenhändler wollte nach der Rückkehr gegen den alten Eigenthümer mit der Publiciana klagen, und darüber wurde Papinian befragt. Er antwortete, der Kläger müsse abgewiesen werden, weil der Beklagte noch wahrer Eigenthümer sey, also die exceptio dominii für sich geltend machen könne.

In dieser Erklärung wird nun eine umständliche Geschichte erdichtet, ohne daß die Stelle auch nur die entfernteste Hindeutung darauf enthielte. Alle Ausdrücke der Stelle deuten vielmehr gerade auf das Gegentheil der hier vorausgesetzten Thatsachen. Denn unter den emtores wird doch gewiß jeder unbefangene Leser alle Käufer verstehen, nicht blos die meisten; und unter dem den Käufern (durch Sed) entgegengesetzten venaliciarius eher alles Andere, als einen Collegen eben dieser Käufer. — Ferner bleiben die wichtigsten Bedenken bestehen, welche oben gegen eine

andere Erklärung erhoben worden sind: daß die Worte causa cognita völlig müßig sind, und daß eine auf das strenge Recht (das justum dominium) gegründete Entscheidung unmöglich durch einen Grund der Billigkeit unterstützt werden konnte, der keinen Halt hatte, wenn der alte Eigenthümer nicht auch verreist war, und der unter dieser Voraussetzung gerade auf das Verhältniß der übrigen Käufer anwendbar gewesen wäre, und dabei eine ganz entgegengesetzte Entscheidung hätte herbeiführen müssen. — Endlich aber sind die Resultate, die der Stelle nach dieser Erklärung zugeschrieben werden müssen, so trivial, sie verstehen sich so von selbst, daß man kaum begreift, wie über einen so beschaffenen Rechtsfall ein Responsum von Papinian hätte begehrt, später in dessen Sammlung aufgenommen, und zuletzt sogar in die Digesten gesetzt werden sollen.

Die völlige Unhaltbarkeit der beiden bisher dargestellten Erklärungen führt fast nothwendig auf die Annahme der zweiten Lesart (non inutiliter), der es an handschriftlicher Beglaubigung nicht fehlt, und es kommt nur darauf an, unter Voraussetzung dieses Textes eine mit dem inneren Zusammenhang der Stelle, so wie mit allgemeineren Rechtsregeln, übereinstimmende Erklärung zu versuchen.

Das eigentliche Hinderniß einer richtigen Auffassung liegt an einem Orte, wo man es auf den ersten Blick kaum erwarten sollte, in den Worten: cum exceptio justi dominii . . . *detur*, welche einen Doppelsinn mit sich führen, indem sie sowohl auf concrete, als auf abstracte Weise ge-

deutet werden können. Sie können nämlich erstens sagen, in dem vorliegenden Fall werde die Exception gegeben, sey sie begründet, der Kläger müsse daher abgewiesen werden: dann sind diese Worte der Grund der Entscheidung, und setzen die Lesart non utiliter nothwendig voraus. Sie können aber auch zweitens (und das ist das Richtige) eine allgemeine Betrachtung enthalten über die Behandlung jener Exception überhaupt: dann sind sie nicht Grund der Entscheidung, sondern Widerlegung eines Einwurfs, und setzen die Lesart non inutiliter voraus. Der Sinn dieses Haupttheils der Stelle läßt sich hiernach in folgender Umschreibung darstellen:

> Zwar haben die Käufer in der That die Sklaven usucapirt. Dennoch (Sed) wird der alte Eigenthümer (der venaliciarius) die Sklaven nicht ohne Erfolg (non inutiliter) mit der Publiciana einklagen. Man könnte zwar glauben, daß ihm die exceptio justi dominii der Käufer, eben wegen ihrer Usucapion, im Wege stände; allein man muß erwägen, daß diese Exception im Allgemeinen nicht jedem Eigenthümer unbedingt, sondern nur *causa cognita* (d) ertheilt wird. Im vorliegenden Fall aber führt die causae cognitio darauf, den Be-

(d) Es muß also zu den Worten causa cognita ein nonnisi hinzugedacht werden, wodurch allein sie gegen den Vorwurf eines völlig müssigen Daseyns geschützt werden können. Eine ähnliche Erklärung ist oben bei einer andern Stelle versucht worden, Beilage XVIII. Note m.

klagten die Exception abzuſchlagen aus einer Rückſicht der Billigkeit (neque oporteat etc.).

Die Gründe, die oben als Einwendungen gegen die vorhergehenden Erklärungen aufgeſtellt wurden, verwandeln ſich jetzt in Beſtätigungen der hier verſuchten. Der durch sed ausgedrückte Gegenſatz iſt wirklich vorhanden, die Worte causa cognita ſind nicht müßig, ſondern ganz unentbehrlich, und der am Schluß aufgeſtellte Grund der Billigkeit iſt in der That entſcheidend für die ganze Sache. Der innere Zuſammenhang der Stelle iſt völlig befriedigend, und Alles ſteht in Einklang mit ſonſt bekannten Rechtsregeln. Endlich beſtätigt ſich die Wahl der Leſeart, worauf dieſe Erklärung beruht, auch dadurch als richtig, daß ſich aus ihr die Entſtehung der anderen, nun als irrig anzuſehenden Leſeart, ungezwungen und befriedigend erklärt (e). In irgend einer ſehr frühen Zeit ließ ſich nämlich ein Abſchreiber durch den in den Worten: cum exceptio . . *detur* liegenden falſchen Schein täuſchen, und verwandelte das vorgefundene richtige inutiliter in das irrige utiliter, welches dann in die meiſten Handſchriften übergegangen iſt.

Es bleibt nun noch übrig, die einzelnen Sätze beſonders zu erklären, wobei in Erinnerung gebracht werden muß, daß uns in dieſer ganzen Stelle Papinian ein von ihm früher ertheiltes Reſponſum, mit deſſen Gründen, in kurzem Auszuge mittheilen will.

(e) Ueber dieſe Probe der Richtigkeit eines aus mehreren auszuwählenden Textes vgl. B. 1 S. 250. 251.

Mandatum distrahendorum servorum, defuncto qui mandatum suscepit, intercidisse constitit.

„Das mußte vor Allem als keinem Zweifel unterworfen anerkannt werden (constitit), daß der Auftrag mit dem Tode des Bevollmächtigten erloſchen war, ſo daß die Erben durch den Verkauf, den ſie irrigerweiſe vornahmen, den Käufern keine Rechte unmittelbar übertragen konnten."

Quoniam tamen heredes ejus errore lapsi, non animo furandi, sed exequendi quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emtoribus usucaptos videri placuit.

„Es kann daher nur noch die Frage ſeyn, ob etwa die Käufer (die Ein Jahr lang beſaßen) durch Uſucapion Eigenthum der Sklaven erworben haben. Auch dieſes hätte verneint werden müſſen, wenn die Erben die Sklaven verkauft hätten, um das Geld für ſich zu behalten; das wäre ein Diebſtahl geweſen, und die Sklaven hätten als res furtivae nicht uſucapirt werden können. Da aber die Erben nicht dieſe unredliche Abſicht hatten, ſondern die ehrliche, nur auf Rechtsunkunde beruhende Abſicht, den Auftrag zu vollziehen, der ihrem Erblaſſer gegeben war (f), ſo mußte das Gutachten dahin ertheilt werden (g), daß die Käufer allerdings uſucapirt hatten."

(f) Dieſer ganze Satz enthält alſo nicht, wie man nach den Anfangsworten (quoniam tamen) glauben könnte, den poſitiven Grund der Uſucapion (denn dieſer liegt in der justa causa), ſondern die Widerlegung eines nahe liegenden Einwurfs.

(g) „placuit," abſichtlich gewählt, weil zuvor die Beſeitigung

Sed venaliciarium ex provincia reversum (h) Publiciana actione non inutiliter aeturum, cum exceptio justi dominii causa cognita detur,

(Dieſer Haupttheil der Stelle iſt ſchon oben umſchreibend erklärt worden.)

neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum affici damno.

„Im vorliegenden Fall aber führt die causae cognitio dahin, daß der Kläger wegen ſeiner Abweſenheit Reſtitution gegen die Uſucapion der Beklagten erhalten muß; wodurch die Exception entkräftet wird, alſo abgeſchlagen werden muß. Der einzige Grund gegen eine ſolche Reſtitution hätte etwa darin geſetzt werden können, daß der Kläger durch Nachläſſigkeit ſeinen Verluſt ſelbſt verſchuldet hätte; folglich keine Reſtitution verdiene (i); dieſer Grund aber fällt hier gewiß

eines Zweifels nöthig gefunden war, im Gegenſatz des vorhergehenden constitit bei einem Satze, der zu gar keinem Zweifel Anlaß gegeben hatte. In vielen anderen Stellen wird placuit gebraucht, um einen Satz zu bezeichnen, der erſt allmälig Eingang und Anerkennung gefunden hatte, z. B. in Folge von Controverſen. Von dieſem rechtshiſtoriſchen Verhältniß iſt hier nicht die Rede.

(h) Dieſer venaliciarius wird uns hier ganz unerwartet als ein alter Bekannter vorgeführt. Es iſt offenbar das Natürlichſte, ihn für den alten Eigenthümer (den Mandanten) anzuſehen. Denn der Mandatar iſt todt, und die Käufer werden ſchon durch ihren Plurale von dem ſingulären venaliciarius unterſchieden, alſo bleibt nur noch der Mandant übrig, wenn man nicht eine beſondere Geſchichte hinzu dichten will, ſo wie es in der vorhergehenden Erklärung verſucht worden iſt.

(i) Vgl. *L.* 26 § 1 *ex quib. caus.* (4. 6), und oben § 327 Noten e. m. — Durch dieſen Theil der Stelle iſt die Reſtitution wegen Abweſenheit auf unverkennbare Weiſe bezeichnet, wiewohl der Ausdruck in integrum restitutio darin nicht vorkommt. Es wäre aber irrig, anzunehmen daß die causae cognitio

weg, da derſelbe weder den nahen Tod ſeines Bevollmächtigten, noch die Rechtsunkunde der Erben deſſelben, vorherſehen konnte."

Ich bin weit entfernt, mir die Erfindung dieſer Auslegung unſrer Stelle, die ich für ganz unzweifelhaft halte, zuzuſchreiben; das Weſentliche derſelben iſt ſchon von Cujacius aufgeſtellt, und dann von mehreren Schriftſtellern angenommen worden (k). Dennoch habe ich dieſe neue Darſtellung derſelben nicht für überflüſſig gehalten. Zunächſt und gerade an dieſem Orte, wegen des Zuſammenhangs dieſer wichtigen und lehrreichen Stelle mit der Lehre von der Reſtitution; dann, weil auch noch von manchen neueren Schriftſtellern die alten Irrthümer nicht völlig aufgegeben ſind (Note a); endlich aber, und hauptſächlich, weil ſich auch ſelbſt bei den beſten unter den angeführten Schriftſtellern, an die im Ganzen richtige Auffaſſung der Stelle doch wieder Irrthümer und Zweifel angeſetzt haben, deren Beſeitigung erheblich genug ſeyn dürfte, um die

überhaupt nur im Fall einer Reſtitution dahin führen könne, die exceptio dominii einem Beklagten zu verſagen; auch ſchon die doli replicatio konnte in anderen Fällen zu dieſem Erfolg führen. Vgl. *L.* 4 § 32 *de dolt exc.* (44. 4), *L.* 2 *de exc. r. vend.* (21. 3).

(k) Cujacius obs. X. 6, und: in Papiniani respons. Lib. 10 (opp. T. 4). — Zoannettus bei Otto thes. IV. p. 659. — Reinold opusc. p. 243. — Cocceji jus controv. XVII. 1 am Ende des Titels.

gegenwärtige Abhandlung zu rechtfertigen. Dieſe falſche Anſichten ſtehen insgeſammt in Verbindung mit der Lehre von der Publicianiſchen Klage.

Man muß zunächſt fragen, warum hier der vorige Eigenthümer überhaupt die Publicianiſche Klage anſtellt nach der Angabe des Papinian, warum nicht die wahre Eigenthumsklage, die er ja durch Reſtitution wieder erlangen kann?

Viele werden darauf antworten, weil gerade für den Fall einer ſolchen Reſtitution eine beſondere Klage aufgeſtellt iſt, genannt publiciana actio, verſchieden von der gleichnamigen Klage des b. f. possessor, aber auf ähnlichen Gründen der Billigkeit beruhend. — Dieſe irrige Meinung iſt ſchon oben (§. 329) ausführlich widerlegt worden; es giebt nur Eine publiciana actio, die des b. f. possessor, von welcher der zweite Titel im ſechsten Buch der Digeſten handelt, und von dieſer muß daher auch in unſrer Stelle die Rede ſeyn.

Eine befriedigende Antwort würde aus der einfachen und natürlichen Vorausſetzung hervorgehen, daß wohl der Sklavenhändler, der hier als Kläger auftreten will, die Sklaven in der Provinz, von Peregrinen, gekauft, und zu der Zeit, in welcher er den Beſitz durch den Verkauf der Erben verlor, noch nicht ein volles Jahr beſeſſen hatte. Dann hatte er noch niemals wahres Eigenthum gehabt, und es konnte ihm auch nicht durch Reſtitution eine Eigenthumsklage wieder verſchafft werden. Dann hatte er über-

haupt kein anderes Recht, als die b. f. possessio, keine andere Klage, als die Publiciana. Dieſe Vorausſetzung hat durchaus Nichts gegen ſich.

Aber nothwendig iſt dieſe Vorausſetzung nicht. Es iſt möglich, daß der Beſitz des Klägers durch vollendete Uſucapion bereits in wahres Eigenthum übergegangen war; dadurch war ihm ſein bisheriges Recht aus der b. f. possessio nicht verloren, und er hatte nun die Wahl, die Publiciana anzuſtellen oder die Eigenthumsklage, ſo wie er die eine oder die andere für ſicherer hielt. Gerade dieſe Wahl aber wird von manchen Seiten bezweifelt. Man beruft ſich auf die Worte des Edicts, und ſucht aus denſelben, nach der Erklärung des Ulpian, zu beweiſen, daß von der vollendeten Uſucapion an die Publiciana nicht mehr zuläſſig geweſen ſey (l). Man darf aber dieſe Worte nicht zu beſchränkt auffaſſen. Der Prätor wollte nur nichts völlig Ueberflüſſiges thun, nicht über das wirkliche Bedürfniß hinaus gehen. Wenn alſo beide Theile über das durch vollendete Uſucapion erworbene wahre Eigenthum einverſtanden waren, und nur etwa über Exceptionen ſtritten, ſo war allerdings die Publiciana überflüſſig, und der Kläger, der ſie dennoch ohne Grund gebrauchen wollte, mag dann auf die Eigenthumsklage verwieſen worden ſeyn;

(l) *L.* 1 *pr.* § 1 *de publ.* „Ait Praetor: Si quis id, quod traditur . . . *nondum usucaptum* petet. — Merito Praetor ait: *nondum usucaptum;* nam si usucaptum est, habet civilem actionem, nec desiderat honorariam.“

das läßt sich aus jenen Worten folgern. Aber sehr häufig wird gerade die Frage bestritten seyn, ob die Usucapion in der That vollendet, oder irgend einmal durch verlornen Besitz unterbrochen worden ist. War diese Frage nun bestritten, oder hielt es auch nur der Kläger für möglich, daß sie vor dem Juder bestritten werden könnte, so war ja kein Grund denkbar, weshalb ihm der Prätor die sichere Publiciana hätte verweigern, und die weniger sichere Eigenthumsklage aufdringen sollen. — Also ist es in unsrem Fall auch wohl möglich, daß der Kläger die Sklaven schon längere Zeit besessen hatte, und es dennoch der Sicherheit wegen vorzog, vielmehr die Publiciana, als die Eigenthumsklage anzustellen.

Hieran aber knüpft sich noch ein Irrthum des Cujacius, der weit bedenklicher ist, indem er mehr in das Wesen der Sache eingreift. Er glaubt nämlich, der Anspruch auf Restitution wegen Abwesenheit sey nur zuzulassen in dem Fall, wie ihn unsre Stelle wörtlich voraussetze, wenn nämlich ein b. f. possessor vor vollendeter Usucapion den Besitz verliere, und der neue Besitzer die Usucapion anfange und vollende. Denn nun sey Alles abzuthun dadurch, daß der Kläger, dessen publiciana actio an sich nicht durch des Gegners Usucapion vernichtet wurde, gegen die exceptio dominii des Beklagten Restitution suche, die er auch wirklich erhalte. Wenn dagegen der Erste seine Usucapion vor der Abwesenheit schon vollendet habe, so sey ihm gegen die spätere Usucapion des Andern durchaus nicht

mehr zu helfen. Denn nun sey jenem Ersten sein Recht selbst durch die spätere Usucapion zerstört worden, also auch alle Klage überhaupt, folglich sey gar nicht mehr die Gelegenheit vorhanden, eine Restitution anzubringen. Dieser Irrthum würde fast unglaublich seyn, selbst wenn ausdrückliche Erklärungen über diese Frage in den Rechtsquellen nicht vorhanden wären. Denn wenn überhaupt der Prätor eine Restitution wegen Abwesenheit billig und nöthig fand, so ist schon voraus zu erwarten, daß er solche Unterschiede der bloßen Form des Rechts, wie sie hier berücksichtigt werden, nicht unüberwindlich gefunden haben möge. In der That aber ist das Edict über die Abwesenden so deutlich als möglich (§ 325). Es stellt an die Spitze den Fall einer Verminderung des vorhandenen Vermögens (Si cujus quid de bonis deminutum erit), und dahin gehört doch gewiß vorzugsweise der Verlust des Eigenthums durch Usucapion; für diesen und andere Fälle sagt es nun: earum rerum actionem in integrum restituam. Es soll also Dem, der sein Eigenthum verloren hat, dadurch geholfen werden, daß ihm die aus diesem Recht entspringende, jetzt wirklich verlorene, Klage wiederhergestellt wird. Anschließend an diesen völlig unzweifelhaften Ausspruch des Edicts ist denn auch schon oben nachgewiesen worden, daß dem Abwesenden, der durch Usucapion einen Verlust erlitten hat, in zwei verschiedenen Formen, wie er es gut finden mag, geholfen werden kann: Erstlich, wenn er die Publiciana anstellen will, durch Restitution gegen die exceptio dominii

des Beklagten; zweitens, wenn er die Eigenthumsklage vorzieht, durch Reſtitution dieſer, an ſich verlorenen, Klage ſelbſt (§ 329. p). Beiden Formen liegt zum Grunde ein und daſſelbe Mittel: die Reſciſſion des Eigenthums, welches ein Anderer durch Uſucapion wirklich erworben hat.

Endlich iſt noch folgender Zweifel zu erwähnen. Wenn der Sklavenhändler gegen die Käufer mit der Publiciana klagt, ſo ſtehen einander gegenüber zweierlei Perſonen, die gleichmäßig Anſpruch auf die aus der b. f. possessio entſpringende Rechte haben, denn dieſe Rechte haben ja die Käufer durch die Vollendung ihrer Uſucapion gewiß nicht verloren, und zwar ſind dieſes Perſonen, die ihre b. f. possessio nicht von einem und demſelben Rechtsvorgänger ableiten. Gerade für dieſen Fall aber ſtellt Ulpian die Regel auf, daß der Beſitzer vorgehen, der Kläger alſo abgewieſen werden ſolle (m). Nach dieſer Regel alſo müßten die Beklagten gewinnen, nicht der Kläger, wie es doch in unſrer Stelle Papinian annimmt. — Allein die eben erwähnte Regel des Ulpian ſoll offenbar nur gelten als eine letzte Aushülfe, wo übrigens alle Verhältniſſe beider Theile völlig gleich ſtehen, ſo daß der Richter ohne

(m) *L.* 9 § 4 *de public.* (6. 2). Scheinbar widerſpricht dieſer Stelle die *L.* 31 §. 2 *de act. emti* (19. 1). Allein beide laſſen ſich vereinigen, wenn man annimmt, in dieſer letzten Stelle werde ein Fall vorausgeſetzt, in welchem der Beſitz bei keinem von beiden Theilen ſich befindet, ſondern bei einem Dritten, gegen welchen jene Beide gleichzeitig als Kläger auftreten wollen.

jene Regel um eine Entſcheidung verlegen ſeyn würde. Davon aber kann gewiß nicht die Rede ſeyn in unſrem Fall, in welchem der Abweſende einen eigenthümlichen Anſpruch der Billigkeit für ſich hat, ſtark genug, um ſelbſt das ſtrenge Eigenthum des Gegners zu überwinden; alſo gewiß um ſo mehr ausreichend, um die außerdem vorhandene Gleichheit beider Theile durch ein auf die Seite des Klägers gelegtes Uebergewicht aufzuheben.

Gedruckt in der Deckerſchen Geheimen Ober-Hofbuchdruckerei.